الأونسيترال

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدليل التشريعي
لقانون الإعسار





الأمم المتحدة

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) هي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة. وهي تُعدّ نصوصا تشريعية دولية لكي تستخدمها الدول في تحديث القانون التجاري، ونصوصا غير تشريعية لكي تستخدمها الأطراف التجارية في التفاوض على المعاملات. أما النصوص التشريعية فتشمل ما يلي: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع؛ واتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع؛ وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي؛ وقانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات؛ واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة؛ وقانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية؛ واتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الأذنية الدولية؛ واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع، ١٩٧٨ (هامبورغ)؛ واتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمسؤولية متعهّدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية؛ وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية. وأما النصوص غير التشريعية فتشمل ما يلي: قواعد الأونسيترال بشأن التحكيم؛ وقواعد الأونسيترال بشأن التوفيق؛ وملاحظات الأونسيترال بشأن تنظيم إجراءات التحكيم؛ ودليل الأونسيترال القانوني بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية؛ ودليل الأونسيترال القانوني بشأن عقود التجارة المكافئة الدولية.

يمكن الحصول على مزيد من المعلومات من أمانة الأونسيترال
على العنوان التالي:

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre,
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

الهاتف: ٤٠٦٠-٢٦٠٦٠ (١-٤٣+)
الانترنت: http://www.uncitral.org

الفاكس: ٥٨١٣-٢٦٠٦٠ (١-٤٣+)
البريد الالكتروني: unictral@uncitral.org

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الأونسيترال

الدليل التشريعي لقانون الإعسار



الأمم المتحدة

نيويورك، ٢٠٠٥

ملحوظة

تتألّف رموز وثائق الأمم المتحدة من حروف وأرقام معا. ويدلّ إيراد رمز منها على إحالة مرجعية إلى إحدى وثائق الأمم المتحدة.

منشور الأمم المتحدة
رقم المبيع A.05.V.10
ISBN 92-1-633021-X

توطئة

دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار أعدّته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). وقد انبثق هذا المشروع من اقتراح عُرض على اللجنة في عام ١٩٩٩ لكي تضطلع بمزيد من الأعمال في مجال قانون الإعسار، وتحديدا إعسار الشركات، ولكي تدعم وتشجّع على اعتماد نُظم وطنية فعالة بشأن إعسار الشركات. وقد عُقد اجتماع استطلاعي في كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٩ للنظر في جدوى هذا المشروع. وعلى أساس التوصية الصادرة عن ذلك الاجتماع، أسندت اللجنة إلى الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) مهمة إعداد بيان شامل بالأهداف الرئيسية والسمات الجوهرية لنظام إعسار متين ينظّم العلاقة بين الدائن والمدين، بما في ذلك إعادة الهيكلة خارج نطاق المحاكم، وإعداد دليل تشريعي يتضمّن نُهُجا مرنة إزاء تنفيذ تلك الأهداف والسمات، كما يتضمّن مناقشة للنهُج البديلة الممكنة ومزايا تلك النُّهُج ومثالبها المتصوَّرة.[1] والتماسا لمساهمات الأوساط الدولية المعنية بالإعسار فيما يتعلق بالأهداف الرئيسية لنظام الإعسار ونطاق سماته الجوهرية التي يُراد إدراجها في الدليل، عُقد في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠ منتدى دولي نُظم بالتعاون مع الاتحاد الدولي للمختصين في شؤون الإعسار والرابطة الدولية لنقابات المحامين.

ونظر الفريق العامل الخامس، في تموز/يوليه ٢٠٠١، في الصيغة الأولى لمشروع الدليل التشريعي لقانون الإعسار، واستمرت الأعمال في هذا المجال على مدى سبع دورات مدة كل منها أسبوع واحد، وكان قد عُقد آخر هذه الاجتماعات في نهاية آذار/مارس ٢٠٠٤. وقد شارك بنشاط في العمل التحضيري، إضافة إلى ممثلي الدول الأعضاء في اللجنة والبالغ عددها ٣٦ دولة، ممثلو العديد من الدول الأخرى وعدد من المنظمات الدولية، الحكومية- الدولية وغير الحكومية على السواء. كما بوشر هذا العمل بالتعاون الوثيق مع الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)، حرصا على تنسيق كيفية معالجة المصالح الضمانية في

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخامسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/55/17)، الفقرات ٤٠٠-٤٠٩.

الإعسار مع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة الذي تعكف الأونسيترال على إعداده.

هذا وقد جرت المفاوضات النهائية حول مشروع الدليل التشريعي لقانون الإعسار أثناء الدورة السابعة والثلاثين التي عقدتها الأونسيترال في نيويورك في الفترة من ١٤ إلى ٢١ حزيران/يونيه ٢٠٠٤، واعتُمد النص بتوافق الآراء في ٢٥ حزيران/يونيه ٢٠٠٤ (انظر المرفق الثاني). وبعد ذلك، اعتمدت الجمعية العامة القرار ٥٩/٤٠ المؤرّخ ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤ (انظر المرفق الثاني) الذي أعربت فيه عن تقديرها للأونسيترال لانتهائها من إعداد الدليل التشريعي واعتماده.

المحتويات

الجزء الأول
صوغ الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار وتصميم بنيته

الصفحة

الجزء الثاني
الأحكام الأساسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

المرفقات

مقدّمـة

ألف- تنظيم الدليل التشريعي ونطاقه

١- الغرض من الدليل التشريعي لقانون الإعسار هو المساعدة على إنشاء إطار قانوني ناجع وفعّال لمعالجة ضائقة المدينين المالية. والقصد منه أن تستعمله السلطات الوطنية والهيئات التشريعية مرجعا عند إعداد قوانين ولوائح جديدة أو عند إعادة النظر في مدى كفاية القوانين واللوائح الموجودة. وتستهدف المشورة التي يسديها الدليل تحقيق توازن بين الحاجة إلى معالجة ضائقة المدين المالية بأسرع وأنجع نحو ممكن ومصالح مختلف الأطراف المعنية مباشرة بتلك الضائقة المالية، وهي في المقام الأول الدائنون وسائر الأطراف التي لها مصلحة في منشأة المدين، وكذلك الشواغل السياساتية. ويناقش الدليل مسائل ذات أهمية محورية في صوغ قانون فعّال وناجع بشأن الإعسار تحظى بالاعتراف في كثير من النظم القانونية على الرغم من الاختلافات العديدة في طريقة معالجتها في السياسات والتشريعات. وهو يركّز على إجراءات الإعسار التي تُبدأ بمقتضى قانون الإعسار وتُسيّر وفقا لذلك القانون، مع التركيز على إعادة التنظيم التي تستهدف المدين، سواء أكان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، الذي يمارس نشاطا اقتصاديا، لكنه لا يتناول المسائل التي تخص على وجه التحديد إعسار الأفراد الذين لا يمارسون ذلك النشاط الاقتصادي، كالمستهلكين مثلا.

٢- ويناقش الدليل التشريعي أيضا تزايد استخدام وأهمية وسائل أخرى لمعالجة الإعسار، وهي تحديدا مفاوضات إعادة الهيكلة التي تُجرى طوعا بين المدين ودائنيه الرئيسيين ولا ينظمها قانون الإعسار. وإضافة إلى تناول متطلبات قوانين الإعسار الداخلية، يتضمّن الدليل نص قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود ("قانون الأونسيترال النموذجي") ودليل اشتراعه (المرفق الثالث)، تيسيرا للنظر في المسائل المتعلقة بالإعسار عبر الحدود. ولكن، ينبغي أن يُلاحظ أنّ القانون النموذجي عموما يُستعمل على نحو مختلف عن استعمال الدليل التشريعي. وعلى وجه التحديد، فإنّ القانون النموذجي هو نص تشريعي تُوصى الدول باشتراعه ليصبح جزءا من قانونها الوطني، سواء أُدخلت عليه تغييرات أم لا. وعموما، تقترح القوانين النموذجية، بصفتها تلك، مجموعة شاملة من الحلول التشريعية من أجل معالجة موضوع معيّن، كما يحتمل أسلوبها إدراج أحكامها مباشرة في القانون الوطني. أمّا الدليل التشريعي فيركّز على إرشاد المشرّعين وغيرهم من المستعملين، ولهذا السبب،

تشتمل الأدلة عموما على تعليق واف يبحث ويحلّل المسائل ذات الصلة. ولا يُقصد للتوصيات المقدّمة في الدليل التشريعي أن تُشترع في حدّ ذاتها لتصبح جزءا من القانون الوطني. بل إنها ترسم الخطوط الرئيسية للمسائل الجوهرية التي يستحسن تناولها في ذلك القانون، وتتضمّن بعض التوصيات إرشادا محدّدا إلى كيفية صوغ بعض الأحكام التشريعية.

٣- ولا يقدّم الدليل التشريعي مجموعة وحيدة من الحلول النموذجية لمعالجة المسائل ذات الأهمية المحورية لقانون فعّال وناجع بشأن الإعسار، بل إنه يساعد القارئ على تقييم مختلف النُّهُج المتاحة واختيار أنسبها في السياق الوطني أو المحلي. ويتضمّن الباب الأول من كل فصل من فصول الدليل تعليقا يحدّد أهم المسائل التي يلزم النظر فيها عند صوغ قانون بشأن الإعسار، كما يناقش ويحلل مختلف النُّهج التي تتبعها قوانين الإعسار. ويتضمّن الجزء الثاني من كل فصل مجموعة من المبادئ التشريعية الموصى بها التي تتناول على نحو أكثر تحديدا الطريقة التي ينبغي اتباعها في تناول تلك المسائل الرئيسية في قانون للإعسار، وهو يتضمّن بيانا للغرض من إدراج أحكام بشأن موضوع مُعيّن في قانون للإعسار وخطوطا عريضة للمحتوى الموصى بإدراجه في تلك الأحكام. ويقصد من هذه التوصيات أن تساعد على إنشاء إطار تشريعي بشأن الإعسار يتسم بالنجاعة والفاعلية ويجسد التطورات والاتجاهات الحديثة في مجال الإعسار. وتعتمد التوصيات درجات مختلفة من التفصيل، حسبما تقتضيه المسألة المعنية. ويستخدم عدد منها لغة تشريعية لتفصيل الأسلوب الذي ينبغي أن تعالج به مسألة معيّنة في قانون الإعسار، ممّا يجسّد توافقا كبيرا في الآراء حول النَّهج المعيّن المراد الأخذ به. وتحدّد توصيات أخرى النقاط الرئيسية التي ينبغي أن يعالجها قانون الإعسار فيما يتعلق بموضوع معيّن وتقدّم نُهُجا بديلة ممكنة، مشيرة إلى وجود شواغل سياساتية وإجرائية مختلفة قد يتعيّن أخذها بعين الاعتبار.

٤- ويُنصَح المستعمل بأن يقرأ التوصيات التشريعية مقترنة بالتعليق، الذي يقدّم معلومات خلفية مفصلة لتعزيز فهم التوصيات التشريعية، كما يتضمّن مناقشة لمسائل غير مدرجة تحديدا في إطار التوصيات. ونظرا لما يكتسيه الدائنون المضمونون من أهمية محورية في إجراءات الإعسار وفي الاعتبارات السياساتية المرتبطة بكيفية معالجتهم في إطار قانون الإعسار، يجدر بمستعمل هذا الدليل التشريعي أن يأخذ بعين الاعتبار عمل الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية) وكذلك دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة، عند الانتهاء من إعداده.

٥- ولا تتناول التوصيات الواردة في الدليل مجالات قانونية أخرى، بالرغم من أن لهذه القوانين الأخرى، مثلما هو مناقش في كل أجزاء الدليل، تأثيرا في كلٍّ مِن صوغِ قانون

بشأن الإعسار وتسيير إجراءات الإعسار التي تُبدأ بمقتضى ذلك القانون (على سبيل المثال، الفقرات ٨٠-٩١ من الفصل الأول في الجزء الثاني، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، والتوصية ٣٥ (أ) بشأن حقوق المدين في الملكية). وعلاوة على ذلك، يتطلب نجاح تنفيذ أي نظام للإعسار تدابير مختلفة تتجاوز نطاق إنشاء إطار تشريعي مناسب، وتتعلق بوجه خاص بتوفير بنى تحتية مؤسسية وقدرة تنظيمية وخبرة فنية تقنية وموارد بشرية ومالية ملائمة. ومع أنّ هذه المسائل ترد مناقشتها في التعليق، فهي عموما غير واردة في التوصيات التشريعية إلاّ عندما تكون لها صلة بالفني المتخصّص في الإعسار الذي يعيَّن لإدارة حوزة الإعسار.

باء- مسرد المصطلحات

١- ملاحظات حول المصطلحات

٦- يقصد من المصطلحات التالية إرشاد قارئ الدليل التشريعي. فهناك مصطلحات عديدة، منها "الدائن المضمون" و"المصلحة الضمانية" و"التصفية" و"إعادة التنظيم"، يمكن أن تكون لها معان متباينة تباينا جوهريا في الولايات القضائية المختلفة، ومن شأن إدراج توضيح للمصطلحات المستخدمة في الدليل أن يساعد على ضمان وضوح المفاهيم المناقشة وفهمها على نطاق واسع.

(أ) الإشارات إلى "المحكمة" في الدليل التشريعي

٧- يفترض الدليل التشريعي أن هناك تعويلا على الإشراف الذي تمارسه المحكمة طوال إجراءات الإعسار، وهذا قد يشمل صلاحية بدء إجراءات الإعسار، وتعيين ممثل الإعسار والإشراف على أنشطته، واتخاذ قرارات في سياق الإجراءات. ومع أن هذا التعويل قد يكون مناسبا كمبدأ عام، فيمكن النظر في بدائل عندما يتعذر على المحاكم، مثلا، معالجة قضايا الإعسار (بسبب افتقارها إلى الموارد أو إلى الخبرة اللازمة) أو عندما يُفضَّل أن تمارس سلطة أخرى ذلك الإشراف (انظر الفصل الثالث، الإطار المؤسسي، في الجزء الأول).

٨- وتوخيا للبساطة، يُستخدم مصطلح "المحكمة" في الدليل، على نحو مماثل لاستخدامه في الفقرة الفرعية (هـ) من المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، للإشارة إلى سلطة قضائية أو سلطة أخرى مختصة بمراقبة إجراءات الإعسار أو الإشراف عليها. أمّا السلطة التي تقدّم دعما لإجراءات الإعسار أو لها أدوار محدّدة في تلك

الإجراءات ولكن ليس لها وظائف تتعلق بالفصل في القضايا التي تتناولها تلك الإجراءات، فلا تعتبر مندرجة ضمن معنى مصطلح "المحكمة" حسبما هو مستخدم في الدليل.

(ب) قواعد التفسير

٩- لا يُقصد بحرف "أو" أن يكون حصري الدلالة؛ وصيغة المفرد تشمل الجمع أيضا؛ ولا يقصد بعبارتي "تشمل" و"بما في ذلك" أن تشيرا إلى قائمة كاملة الشمول؛ وتدل كلمة "يجوز" على السماح، بينما تدل كلمة "ينبغي" على الإيعاز؛ ويتعيّن تفسير التعابير "كـ" و"مِثْل" و"على سبيل المثال" على النحو ذاته الذي فُسِّرت به عبارتا "تشمل" و"بما في ذلك".

١٠- وينبغي تفسير المصطلح "الدائنون" بأنه يشمل كلا من الدائنين في دولة المحكمة المختصة والدائنين الأجانب، ما لم يُبيّن خلاف ذلك.

١١- وينبغي تفسير الإشارات إلى "الشخص" بأنها تشمل كُلاًّ من الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين، ما لم يبيّن خلاف ذلك.

٢- المصطلحات والتعاريف

١٢- تُوضح الفقرات التالية معنى واستخدام عبارات مُعيَّنة يكثر ذكرها في الدليل التشريعي:

(أ) "المطالبة أو النفقة الإدارية": هي المطالبة التي تشمل تكاليف الإجراءات ونفقاتها، مثل أجر ممثل الإعسار و أجور أي متخصصين فنيين يعملون في خدمته، والنفقات المرتبطة بمواصلة تشغيل المنشأة المدينة، والديون الناشئة عن ممارسة ممثل الإعسار مهامه وصلاحياته، والتكاليف الناشئة عن الالتزامات التعاقدية والقانونية المستمرة، وتكاليف الإجراءات؛

(ب) "موجودات المدين": هي ممتلكات المدين وحقوقه ومصالحه، بما فيها الحقوق والمصالح في الممتلكات، سواء أكانت في حوزة المدين أم لم تكن، وملموسة أم غير ملموسة، وقابلة أم غير قابلة للنقل، بما في ذلك مصالح المدين في الموجودات المرهونة أو في الموجودات التي يملكها طرف ثالث؛

(ج) "أحكام الإبطال": هي أحكام قانون الإعسار التي تسمح بإلغاء ما يحدث قبل إجراءات الإعسار من معاملات تخص إحالة الموجودات أو التعهد بالتزامات أو جعل تلك

المعاملات عديمة المفعول على نحو آخر، واسترداد الموجودات المحالة أو قيمتها، خدمة لمصلحة الدائنين الجماعية؛

(د) "الموجودات المُرهقة": هي الموجودات التي قد تكون عديمة القيمة أو ضئيلة القيمة لحوزة الإعسار، أو التي تكون مُثقَلة بشكل يجعل الاحتفاظ بها يتطلب نفقات تفوق عائدات تسييلها أو يسبب التزاما مرهقا أو مسؤولية تستتبع دفع مبالغ مالية؛

(هـ) "العائدات النقدية": هي عائدات بيع الموجودات المرهونة، ما دامت العائدات خاضعة لمصلحة ضمانية؛

(و) "مركز المصالح الرئيسية": هو المكان الذي يُسيِّر فيه المدين مصالحه بصفة منتظمة، والذي يمكن بالتالي للأطراف الثالثة أن تتيقَّن منه؛[1]

(ز) "المطالبة": هي حق في الحصول على السداد من حوزة المدين، سواء أكان ذلك ناشئا عن دين أم عقد أم التزام قانوني آخر، وسواء أكان مصفًّى أم غير مُصفًّى، ومستحقًّا أم غير مُستحقّ، وقابلا للدحض أم غير قابل للدَّحض، ومضمونا أم غير مضمون، وثابتا أم طارئا؛

ملاحظة: تعترف بعض الولايات القضائية، عندما يسمح القانون المنطبق بذلك، بجواز استرداد الموجودات من المدين أو الحق في استردادها منه بصفة ذلك مطالبة؛

(ح) "بدء الإجراءات": هو التاريخ الذي يبدأ فيه سريان مفعول إجراءات الإعسار سواء أكان قد حُدِّد بموجب قانون أم قرار قضائي؛

(ط) "المحكمة": هي سلطة قضائية أو سلطة أخرى مختصة بمراقبة إجراءات الإعسار أو الإشراف عليها؛[2]

---

(1) لائحة المجلس الأوروبي رقم 1346/2000، المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠، بشأن إجراءات الإعسار، الحيثية ١٣.

(2) استنادا إلى الفقرة الفرعية (هـ) من المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.99.V.3). ويرد نص القانون النموذجي ودليل اشتراعه في المرفق الثالث.

(ي) "الدائن": هو شخصية طبيعية أو اعتبارية لها مطالبة تجاه المدين نشأت عند بدء إجراءات الإعسار أو قبلها؛

(ك) "لجنة الدائنين": هي هيئة تمثيلية للدائنين تُعيَّن وفقا لقانون الإعسار، وتكون لها صلاحيات استشارية وصلاحيات أخرى حسبما هو مُبيَّن في قانون الإعسار؛

(ل) "المدين المتملّك": هو المدين في سياق إجراءات إعادة التنظيم الذي يحتفظ بسيطرة تامة على المنشأة، مما يستتبع عدم تعيين المحكمة ممثِّل إعسار؛

(م) "إبراء الذمة": هو إعفاء المدين من تسديد المطالبات التي عولجت، أو كان يمكن أن تعالج، في إجراءات الإعسار؛

(ن) "التصرّف": هو كلّ وسيلة لإحالة موجودات أو مصلحة في موجودات أو التخلّي عنها، سواء كليا أو جزئيا؛

(س) "الموجودات المرهونة": هي موجودات يملك الدائن بشأنها مصلحة ضمانية؛

(ع) "حائز الأسهم": هو من يحوز أسهما مُصدَرة أو مصلحة مشابهة تمثّل مطالبة امتلاكية بجزء من رأس مال شركة ما أو مُنشأة أخرى؛

(ف) "المؤسسة": هي أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات؛(٣)

(ص) "العقد المالي": هو أي معاملة آنية أو آجلة أو مستقبلية أو تخييرية أو تقايضية تتعلق بأسعار فائدة أو سلع أو عملات أو أسهم أو سندات أو مؤشرات أو أي صك مالي آخر، وأي معاملة إعادة شراء أو معاملة إقراض أوراق مالية، وأي معاملة أخرى مماثلة لأي معاملة مشار إليها أعلاه تُجرى في الأسواق المالية، وأي توليفة من المعاملات المذكورة أعلاه؛(٤)

---

(3) الفقرة الفرعية (و) من المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث).

(4) الفقرة الفرعية (ك) من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.04.V.14).

(ق) "الإعسار": هو عندما يكون المدين عاجزا عموما عن سداد ديونه لدى استحقاقها أو عندما تتجاوز قيمة التزاماته المالية قيمة موجوداته؛

(ر) "حوزة الإعسار": هي موجودات المدين الخاضعة لإجراءات الإعسار؛

(ش) "إجراءات الإعسار": هي إجراءات جماعية خاضعة لإشراف قضائي تستهدف إما إعادة التنظيم المدين وإما التصفية؛

(ت) "ممثل الإعسار": هو شخصية أو هيئة، بما فيها تلك المعيَّنة مؤقتا، يُؤذن لها في إجراءات الإعسار بإدارة إعادة تنظيم حوزة الإعسار أو تصفيتها؛

(ث) "التصفية": هي إجراءات لبيع الموجودات أو التصرّف فيها من أجل التوزيع على الدائنين وفقا لقانون الإعسار؛

(خ) "قانون محكمة الإعسار": هو قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار؛

(ذ) "قانون موقع المال": هو قانون الدولة التي تقع فيها الموجودات؛

(ض) "المعاوضة": هي مقاصة التزامات نقدية أو غير نقدية بموجب عقود مالية؛

(أ أ) "اتفاق المعاوضة": هو شكل من أشكال العقود المالية بين طرفين أو أكثر ينص على واحد أو أكثر مما يلي:

'١' التسوية الصافية لمدفوعات مستحقة بالعملة ذاتها وفي التاريخ ذاته سواء بالحلول أو بطريقة أخرى؛ أو

'٢' عند إعسار طرف ما أو تقصيره بأي نحو آخر، إنهاء جميع المعاملات المعلقة بقيمتها الإبدالية أو بقيمتها السوقية المنصفة، وتحويل تلك المبالغ إلى عملة واحدة ومعاوضتها إلى مبلغ واحد يدفعه طرف إلى آخر؛ أو

'٣' مقاصة المبالغ المحسوبة على النحو المبيّن في الفقرة الفرعية '٢' من هذا التعريف في إطار اتفاقَي معاوضة أو أكثر؛[5]

(5) الفقرة الفرعية (ل) من المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية.

(ب ب) "سياق العمل المعتاد": هو المعاملات التي تتسق مع كل من: '١' عمل منشأة المدين قبل إجراءات الإعسار و'٢' ظروف العمل العادية؛

(ج ج) "تساوي المعاملة": هو المبدأ القاضي بمعاملة الدائنين المتماثلين في الوضع والوفاء بمطالباتهم على أساس تناسبي باستخدام موجودات الحوزة المتاحة للتوزيع على الدائنين من مرتبتهم؛

(د د) "الطرف ذو المصلحة": هو أي طرف تتأثر حقوقه أو التزاماته أو مصالحه بإجراءات الإعسار أو بأمور معيَّنة في إجراءات الإعسار، بمن في ذلك المدين أو ممثل الإعسار أو الدائن أو حائز الأسهم أو لجنة الدائنين أو سلطة حكومية أو أي شخص آخر يتأثر على هذا النحو. ولا يُقصَد أن يشمل هذا التعريف الأشخاص الذين لهم مصالح بعيدة الصلة أو متفرقة تتأثر بإجراءات الإعسار؛

(هـ هـ) "المطالبة اللاحقة لبدء الإجراءات": هي أي مطالبة تنشأ بعد بدء إجراءات الإعسار؛

(و و) "الأفضلية": هي معاملة تؤدي إلى حصول دائن على مزية أو سداد غير عادي؛

(ز ز) "الأولوية": هي الحق في أن تتقدّم مطالبة على غيرها عندما ينشأ ذلك الحق بإعمال القانون؛

(ح ح) "المطالبة ذات الأولوية": هي المطالبة التي تسدد قبل السداد للدائنين العامين غير المضمونين؛

(ط ط) "حماية القيمة": هي التدابير التي تستهدف الحفاظ على القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة والموجودات المملوكة للأطراف الثالثة أثناء إجراءات الإعسار (يشار إليها في بعض الولايات القضائية بعبارة "الحماية الوافية"). ويمكن توفير الحماية بواسطة دفعات نقدية، أو بتوفير مصالح ضمانية على موجودات بديلة أو إضافية، أو بوسائل أخرى تحدّدها المحكمة لتوفير الحماية اللازمة؛

(ي ي) "الشخص ذو الصلة": الشخص ذو الصلة، فيما يتعلق بالمدين الذي هو كيان قانوني، هو: '١' شخص يسيطر، أو كان يسيطر، على المدين؛ و'٢' منشأة أصلية للمدين

أو تابعة لـه أو شـريك أو فـرع لـه. أمّا فيما يتعلق بالمدين الذي هو شخص طبيعي، فيشمل الشخص ذو الصلة الأشخاص الذين تربطهم بالمدين صلة دم أو نسب؛

(ك ك) "إعـادة التنظيم": هـي العملية الـتي يمكـن بهـا لمنشـأة المديـن أن تسـترد عافيتها المالية وقدرتها علـى البقاء وأن تواصل عملها، باستخدام وسائل شتى يمكن أن تشمل الإعفاء مـن الديـون، وإعـادة جدولـة الديـون، وتحويـل الديون إلى أسهم، وبيع المنشأة (أو جزء منها) كمنشأة عاملة؛

(ل ل) "خطـة إعـادة التنظيـم": هـي خطـة يمكـن بهـا لمنشـأة المديـن أن تسـترد عافيـتها المالية وقدرتها على البقاء؛

(م م) "البيـع كمنشـأة عاملـة": هـو بـيع أو إحالـة المنشـأة كـلها أو جـزء كـبير مـنها، خلافا لبيع موجودات المنشأة منفردة؛

(ن ن) "المطالـبة المضـمونة": هـي مطالـبة مدعومـة بمصلحة ضمانية تؤخذ كفالةً لدين وتكون واجبة الإنفاذ في حال تقصير المدين؛

(س س) "الدائن المضمون": هو الدائن الحائز على مطالبة ضمانية؛

(ع ع) "المصـلحة الضـمانية": هـي حق في موجودات لضمان سداد التزام أو أكثر أو الوفاء به على نحو آخر؛

(ف ف) "المقاصـة": هي عندما تُطبَّق مطالبة بمبلغ مالي مستحق لأحد الأشخاص من أجـل الوفـاء الكـامل أو الجـزئي بمطالـبة مـن الطـرف الآخـر بمـبلغ نقـدي مسـتحق علـى ذلـك الشخص الأول؛

(ص ص) "وقـف الإجـراءات": هـو تدبير يمنع بدء الإجراءات القضائية أو الإدارية أو غيرهـا مـن الإجـراءات الفـردية المتعلقة بموجـودات المدين أو حقوقه أو التزاماته أو مسؤولياته أو يعلّـق مواصلة تلك الإجراءات مؤقتا، بما في ذلك الدعاوى الرامية إلى إنفاذ مصالح ضمانية علـى أطـراف ثالـثة أو إنفـاذ مصـلحة ضـمانية؛ وهـو يمـنع فـرض حجز على موجودات حوزة الإعسـار، وإنهـاء أي عقـد مـع المديـن، وإحالة أي موجودات أو حقوق تابعة لحوزة الإعسار أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى؛

(ق ق) "فترة الاشتباه": هي الفترة الزمنية التي يجوز إبطال معاملات معينة أبرمت أثناءها. وعادة ما تحسب هذه الفترة ارتجاعيا اعتبارا من تاريخ طلب بدء إجراءات الإعسار أو من تاريخ بدئها؛

(ر ر) "الدائن غير المضمون": هو أي دائن لا يملك مصلحة ضمانية؛

(ش ش) "مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية": هي المفاوضات التي لا ينظمها قانون الإعسار وتتضمّن عادة مفاوضات بين المدين وبعض دائنيه أو كلهم، بغية التوصل إلى تعديل بالتراضي لمطالبات الدائنين المشاركين.

الجزء الأول

صوغ الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار وتصميم بنيته

أولا- الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار

ألف- مقدّمة

١- عندما يتعذّر على المدين سداد ديونه والتزاماته الأخرى حالما تصبح مستحقّة، يوفّر معظم النظم القانونية آلية قانونية لمعالجة مسألة الوفاء الجماعي بالمطالبات المتبقية من موجودات المدين (سواء أكانت ملموسة أم غير ملموسة). ومن الضروري أن تراعي تلك الآلية القانونية مجموعة من المصالح: مصالح الأطراف المتضررة من الإجراءات، وهي تشمل المنشأة المدينة ومالكيها وإدارتها، والدائنين الذين يمكن أن يكونوا مضمونين بدرجات متفاوتة (بمن فيهم هيئات الضرائب وغيرها من الدائنين الحكوميين)، والموظفين وكفلاء الديون ومورِّدي السلع والخدمات، وكذلك المؤسسات والممارسات القانونية والتجارية والاجتماعية ذات الصلة بصوغ قانون الإعسار واللازمة لإعماله. ولابد بوجه عام أن تقيم الآلية توازنا ليس بين مختلف مصالح أصحاب المصلحة فحسب، بل وكذلك بين تلك المصالح والاعتبارات الاجتماعية والسياسية وغيرها من الاعتبارات السياساتية التي لها أثر في الأهداف الاقتصادية والاجتماعية لإجراءات الإعسار. وبقدر ما يكون المدين مستبعدا من نطاق هذه الآليات القانونية، لن يكون هو ولا دائنوه خاضعين لنظام الآلية، ولن يتمتعوا بالحماية التي توفّرها الآلية.

٢- ويحتوي معظم النظم القانونية على قواعد بشأن شتى أنواع الإجراءات (يشار إليها في هذا الدليل التشريعي بالمصطلح العام "إجراءات الإعسار")، التي يمكن استهلالها لحل ضائقة المدين المالية. ومع أنّ هذه الإجراءات تعامل حلّ تلك الضائقة بصفته هدفا مشتركا، فهي تتخذ عدة أشكال مختلفة لا يستخدم لها دائما مصطلح موحّد، ويمكن أن تشمل

ما يمكن وصفه بعناصر "رسمية" و"غير رسمية" على السواء. فإجراءات الإعسار الرسمية هي التي تُبدأ بمقتضى قانون الإعسار ويحكمها ذلك القانون. وهي تشمل عادة إجراءات التصفية وإعادة التنظيم. أما إجراءات الإعسار غير الرسمية، فلا ينظمها قانون الإعسار، وتنطوي عادة على مفاوضات طوعية بين المدين وبعض دائنيه أو جميعهم. وكثيرا ما تكون هذه الأنواع من المفاوضات قد استُحدثت من خلال القطاعين المصرفي والتجاري، وهي تنطوي عادة على شكل من أشكال إعادة هيكلة المنشأة المدينة المعسرة. ومع أن هذه المفاوضات الطوعية لا ينظمها قانون الإعسار، فإنّ فعاليتها تعتمد على وجود قانون إعسار يمكن أن يوفّر بضعة حوافز غير مباشرة أو قوة إقناع للتوصل إلى إعادة التنظيم.

باء- تحديد الأهداف الرئيسية

٣- على الرغم من تباين النُّهُج التي تسلكها البلدان، فإنّ هناك اتفاقا عاما على أنّ نُظُم الإعسار الفعالة والكفؤة ينبغي أن ترمي إلى تحقيق الأهداف الرئيسية المبينة أدناه على نحو متوازن. وأيّا كانت الصيغة المختارة لقانون الإعسار التي من شأنها أن تُحقق هذه الأهداف الرئيسية، فإنّ قانون الإعسار يجب أن يكون مكمّلا للقيم القانونية والاجتماعية للمجتمع الذي يوجد فيه والذي يجب أن يدعمه في نهاية الأمر، فضلا عن أنّ هذا القانون يجب أن ينسجم مع هذه النظم. ومع أن قانون الإعسار يشكّل عادة نظاما متميزاً، فيجدر ألا يفضي إلى نتائج تتعارض جوهريا مع المنطلقات التي تستند إليها قوانين غير قانون الإعسار. وعندما يسعى قانون الإعسار فعلا إلى تحقيق نتيجة تختلف عن ذلك القانون الآخر أو تحيد عنه بصورة جوهرية (مثلا فيما يتعلق بمعاملة العقود أو إبطال الأفعال والمعاملات السابقة أو معاملة حقوق الدائنين المضمونين)، فمن المستصوب جدا أن تكون تلك النتيجة حصيلة دراسة متأنّية وسياسة واعية في ذلك الاتجاه.

١- توفير اليقين في السوق تعزيزا لاستقرار الاقتصاد ونموه

٤- لقوانين الإعسار ومؤسساته أهمية بالغة في تمكين البلدان من جني منافع اندماج النظم المالية الوطنية في النظام المالي الدولي وتفادي عيوب ذلك الاندماج. وينبغي لتلك القوانين والمؤسسات أن تشجّع على إعادة هيكلة المنشآت القابلة للاستمرار وإغلاق المنشآت الفاشلة وإحالة موجوداتها على نحو ناجع، وأن تيسّر توفير التمويل اللازم لبدء تشغيل المنشآت وإعادة تنظيمها، وأن تتيح تقييم مخاطر الائتمانات، سواء محليا أو دوليا. وينبغي تنفيذ

الأهداف الرئيسية التالية لقانون الإعسار بهدف زيادة اليقين في السوق وتعزيز استقرار الاقتصاد ونموه.

٢- زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد

٥- ينبغي أن تكون للمشاركين في إجراءات الإعسار حوافز قوية لزيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد، حيث إنّ هذا ييسّر توزيع حصص أكبر على الدائنين ككل ويخفّف وطأة الإعسار. وكثيرا ما يساعد على تحقيق هذا الهدف إيجاد توازن بين المخاطر الموزعة على الأطراف المشاركة في إجراءات الإعسار. فعلى سبيل المثال، يمكن للطريقة التي تعالج بها أحكام الإبطال المعاملات السابقة أن تضمن معاملة الدائنين بإنصاف وأن تعزّز قيمة موجودات المدين بالقيمة المستردّة لصالح جميع الدائنين. وفي الوقت ذاته، يمكن للطريقة التي تعالج بها تلك المعاملات أن تضعف إمكانية التنبؤ بالعلاقات التعاقدية، علما بأنّ إمكانية التنبؤ هذه لها أهمية بالغة في قرارات الاستثمار، وأن تخلق توترا بين الأهداف المختلفة لنظام الإعسار. كذلك، يجب إقامة توازن بين التصفية السريعة للمنشأة وجهود إعادة تنظيمها الأطول أمدا والتي يمكن أن تحقق قيمة أكبر لصالح الدائنين، من جهة، والحاجة إلى استثمار جديد لصون قيمة الموجودات أو زيادتها وآثار ذلك الاستثمار الجديد وتكاليفه على أصحاب المصلحة الحاليين، من جهة ثانية، ومختلف الأدوار المسندة إلى مختلف أصحاب المصلحة، وخصوصا الصلاحية التقديرية التي يمكن أن يمارسها ممثل الإعسار، ومدى تمكّن الدائنين من رصد ممارسة تلك الصلاحية لضمان سلامة الإجراءات وكفالة زيادة القيمة إلى أقصى حد، من جهة ثالثة.

٣- إقامة توازن بين التصفية وإعادة التنظيم

٦- يرتبط الهدف الرئيسي الأول المتمثّل في زيادة القيمة إلى أقصى حد ارتباطا وثيقا بما يتعيّن تحقيقه في قانون الإعسار من توازن بين التصفية وإعادة التنظيم. فمن الضروري أن يوازن قانون الإعسار بين مزايا تحصيل الديون في الأمد القريب من خلال التصفية (كثيرا ما يكون هذا هو ما يفضله الدائنون المضمونون) والحفاظ على قيمة المنشأة المدينة من خلال إعادة التنظيم (كثيرا ما يكون هذا هو ما يفضله الدائنون غير المضمونين والمدين). وقد تكون لهذا التوازن آثار على اعتبارات أخرى متعلّقة بالسياسة الاجتماعية، مثل التشجيع على نشوء فئة من منظمي المشاريع وحماية العمالة. وينبغي أن يتيح قانون الإعسار إمكانية إعادة تنظيم المنشأة المدينة كبديل عن تصفيتها، بحيث لا يضطر الدائنون، على رغم إرادتهم،

إلى تلقّي ما يقلّ عمّا يتلقونه في سياق التصفية، وتتسنّى زيادة قيمة المنشأة المدينة إلى أقصى حد لصالح المجتمع والدائنين بتمكينها من الاستمرار. ويستند هذا النهج إلى النظرية الاقتصادية الأساسية التي مفادها أنه يمكن الحصول على قيمة أكبر بالحفاظ على تماسك المكوّنات الأساسية للمنشأة بدلا من تفكيكها والتصرف فيها كأجزاء منفصلة. وضمانا لعدم إساءة استعمال إجراءات الإعسار من جانب الدائنين أو المدين، وكذلك بُغية إتاحة الإجراء الأنسب لحلّ ضائقة المدين المالية، ينبغي أن ينص قانون الإعسار أيضا على إمكانية التحوّل، في الظروف المناسبة، من نوع إلى آخر من الإجراءات المختلفة.

٤- ضمان المعاملة المتكافئة للدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة

٧- يقوم هدف المعاملة المتكافئة على الفكرة التي مفادها أنه ينبغي، في الإجراءات الجماعية، أن يعامل الدائنون ذوو الحقوق القانونية المتماثلة معاملة منصفة، بحيث يتلقون عند التوزيع على مطالباتهم مبالغ تتناسب مع رتبتهم ومصالحهم. وهذا الهدف الرئيسي يُسلّم بأنه ليس من الضروري أن يُعامل جميع الدائنين المعاملة ذاتها، بل ينبغي أن يُعامَلوا على نحو يجسد الصفقات المختلفة التي عقدوها مع المدين. وهذا يصبح أقل أهمية كعامل محدّد في حال عدم وجود عقد دين محدّد مع المدين، كما هو الأمر فيما يتعلق بالمطالبين بتعويض عن أضرار (كالأضرار البيئية مثلا) والسلطات الضريبية. وبالرغم من أنّ مبدأ المعاملة المتكافئة يمكن تعديله بالسياسة الاجتماعية المتعلقة بالأولويات، ويمكن أن يرضخ لامتيازات أصحاب المطالبات أو المصالح المستجدة، بإعمال القانون مثلا، فإنّ هذا المبدأ يحتفظ بأهميته، إذ هو يكفل أن يكون للأولوية المسندة إلى المطالبات من الفئة ذاتها التأثير ذاته على جميع أعضاء تلك الفئة. وتتخلل سياسة المعاملة المتكافئة كثيرا من جوانب قانون الإعسار، منها تطبيق الوقف أو التعليق، والأحكام المتعلقة بنقض الأفعال والمعاملات، واسترداد القيمة لحوزة الإعسار، وتصنيف المطالبات، وإجراءات التصويت في إعادة التنظيم، وآليات التوزيع. وينبغي لقانون الإعسار أن يعالج مشاكل الاحتيال والمحاباة التي يمكن أن تنشأ في حالات الضائقة المالية، بأن ينصّ مثلا على إمكانية إبطال الأفعال والمعاملات التي تخل بمبدأ معاملة الدائنين معاملة متكافئة.

٥- النص على حل مشكلة الإعسار في الوقت المناسب وبكفاءة ونزاهة

٨- ينبغي معالجة مشكلة الإعسار وحلها بطريقة منظمة وسريعة وكفؤة، من أجل تفادي تعطيل أنشطة منشأة المدين دون مسوّغ وتخفيض تكلفة الإجراءات قدر الإمكان. فتحقيق

التوقيت المناسب والكفاءة في إدارة إجراءات الإعسار من شأنه أن يدعم هدف زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد، في حين أن النزاهة تدعم هدف المعاملة المتكافئة. ومن الضروري دراسة العملية كلها بعناية لضمان أقصى درجة من الكفاءة دون التضحية بالمرونة. وفي الوقت ذاته، ينبغي أن تركّز العملية على الهدف المتمثل في تصفية المنشآت غير الناجعة وغير القابلة للاستمرار، وإبقاء المنشآت الناجعة والقابلة للاستمرار.

٩- ويمكن تيسير الحل السريع والمنظّم لضائقة المدين المالية بإيجاد قانون إعسار يكفل تيسر الوصول إلى إجراءات الإعسار بالإشارة إلى معايير واضحة وموضوعية، ويوفّر وسائل مريحة لتحديد وتحصيل وصون واسترداد الموجودات والحقوق التي ينبغي استخدامها في سداد ديون المدين والتزاماته، وييسّر مشاركة المدين ودائنيه بأقل قدر ممكن من التأخر والنفقات، ويوفّر هيكلا مناسبا للإشراف على الإجراءات وإدارتها (بما في ذلك ما يلزم من المتخصّصين الفنيين والمؤسسات)، ويوفّر، في نهاية المطاف حلاًّ ناجعا لالتزامات المدين ومسؤولياته المالية.

٦- الحفاظ على حوزة الإعسار من أجل إتاحة توزيع متكافئ على الدائنين

١٠- ينبغي أن يحافظ قانون الإعسار على الحوزة وأن يمنع تجزئة موجودات المدين قبل الأوان بدعاوى منفردة يرفعها الدائنون من أجل تحصيل ديونهم على انفراد. فهذه الأفعال كثيرا ما تؤدي إلى تخفيض القيمة الإجمالية لمجموع الموجودات المتاحة لتسوية جميع المطالبات تجاه المدين، وهي قد تحول دون إعادة تنظيم المنشأة أو بيعها كمنشأة عاملة. ومن شأن وقف دعاوى الدائنين أن يوفّر متنفَّساً للمدين يمكّنه من إجراء دراسة مناسبة لحالته المالية وييسّر له زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد ومعاملة الدائنين معاملة متكافئة. وقد يلزم إيجاد آلية لضمان ألاّ يؤثِّر الوقف في حقوق الدائنين المضمونين.

٧- ضمان وجود قانون إعسار يتسم بالشفافية وقابلية التنبؤ ويتضمّن حوافز على جمع المعلومات وتوفيرها

١١- ينبغي أن يكون قانون الإعسار شفافا وقابلا للتنبؤ. فهذا من شأنه أن يمكّن المقرضين والدائنين المحتملين من أن يفهموا كيفية عمل إجراءات الإعسار وأن يقدّروا المخاطر المرتبطة بوضعهم كدائنين في حال الإعسار. وهذا يعزّز استقرار العلاقات التجارية كما ييسّر الإقراض والاستثمار بتكاليف مخاطرة أدنى. كما إنّ الشفافية وقابلية التنبؤ تمكّنان الدائنين من استيضاح الأولويات، وتحولان دون نشوء النزاعات بتوفير أساس يُرتَكز إليه في تقدير

الحقوق والمخاطر النسبية، وتساعدان على تبيّن حدود أي صلاحية تقديرية. وقد يؤدي تطبيق قانون الإعسار بصورة غير قابلة للتنبؤ إلى إضعاف ثقة جميع المشاركين في إجراءات الإعسار، وكذلك إلى إضعاف استعدادهم لتقديم الائتمانات واتخاذ قرارات استثمارية أخرى قبل الإعسار. وينبغي أن يُبيّن قانون الإعسار بوضوح، قدر الإمكان، جميع أحكام القوانين الأخرى التي يمكن أن تؤثّر في سير إجراءات الإعسار (مثل قانون العمل، والقانون التجاري والتعاقدي، والقانون الضريبي، والقوانين التي تمس النقد الأجنبي والمعاوضة والمقاصة ومقايضة الديون بأسهم؛ وحتى قانون الأسرة والزواج).

١٢- وينبغي أن يكفل قانون الإعسار إتاحة معلومات وافية فيما يتعلق بوضع المدين، وأن يوفّر حوافز من أجل تشجيع المدين على كشف أوضاعه، وأن يفرض، عند الاقتضاء، عقوبات على عدم فعل ذلك. فإتاحة هذه المعلومات من شأنها تمكين المسؤولين عن إدارة إجراءات الإعسار والإشراف عليها (كالمحاكم أو الأجهزة الإدارية وممثل الإعسار) والدائنين من تقييم حالة المدين المالية وتقرير الحل الأنسب.

٨- الاعتراف بحقوق الدائنين الحالية وإرساء قواعد واضحة لترتيب المطالبات ذات الأولوية

١٣- من شأن الاعتراف بمختلف الحقوق التي كان يتمتع بها الدائنون إزاء المدين وموجوداته قبل بدء إجراءات الإعسار وإنفاذ تلك الحقوق في إجراءات الإعسار، أن يوفّرا يقينا في السوق وأن يُيسِّرا تقديم الائتمانات، خصوصا فيما يتعلق بحقوق الدائنين المضمونين وأولوياتهم. وإنّ لمن المهم أن تكون هناك قواعد واضحة بشأن ترتيب أولويات مطالبات الدائنين الحالية ومطالباتهم التي تنشأ بعد بدء الإجراءات من أجل تزويد المقرضين بالقدرة على التنبؤ، وضمان الاتساق في تطبيق القواعد، وتعزيز الثقة في الإجراءات وضمان قدرة جميع المشاركين على اتخاذ تدابير مناسبة لتدبّر المخاطر. وينبغي أن تستند تلك الأولويات، قدر الإمكان،[1] إلى صفقات تجارية وألا تجسد شواغل اجتماعية وسياسية يمكن أن تُفسد نتيجة الإعسار. لذلك، ينبغي التقليل إلى أدنى حد من الأولوية المسندة إلى المطالبات التي لا تقوم على صفقات تجارية.

(1) أولوية المطالبات بمقتضى قانون الإعسار يمكن أن تتأثر بالتزامات الدولة التي تمليها المعاهدات الدولية (انظر مناقشة الأولويات في الفقرات ٦٧-٧٤ من الفصل الخامس في الجزء الثاني).

٩- إنشاء إطار خاص بالإعسار عبر الحدود

١٤- تعزيزا للتنسيق بين الولايات القضائية وتيسيرا لتقديم المساعدة في إدارة إجراءات الإعسار التي تنشأ في بلد أجنبي، ينبغي أن تنص قوانين الإعسار على قواعد بشأن الإعسار عبر الحدود، بما في ذلك الاعتراف بالإجراءات الأجنبية، وذلك باعتماد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث).

التوصيات ١-٥ (الفقرات ٤-١٤)

١- من أجل إرساء وتطوير قانون فعّال بشأن الإعسار، ينبغي أخذ الأهداف الرئيسية التالية في الاعتبار:

(أ) توفير اليقين في السوق تعزيزا لاستقرار الاقتصاد ونموه؛

(ب) زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد؛

(ج) إيجاد توازن بين التصفية وإعادة التنظيم؛

(د) ضمان معاملة متكافئة للدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة؛

(ﻫ) توفير حل لمشكلة الإعسار يتسم بالآنية والنّجاعة والنّزاهة؛

(و) الحفاظ على حوزة الإعسار لإتاحة توزيع متكافئ على الدائنين؛

(ز) ضمان وجود قانون إعسار يتّسم بالشّفافية وقابليّة التّنبؤ ويتضمّن حوافز على جمع المعلومات وتوزيعها؛

(ح) الاعتراف بحقوق الدائنين الحاليين وإرساء قواعد واضحة بشأن ترتيب المطالبات ذات الأولوية.

٢- ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار أحكاما تتناول كلاً من إعادة تنظيم المنشأة المدينة وتصفيتها.

٣- ينبغي أن يعترف قانون الإعسار بالحقوق والمطالبات الناشئة بمقتضى قانون غير قانون الإعسار، سواء أكان قانونا داخليا أم أجنبيا، ولكن في حدود القيود الصريحة المبيَّنة في قانون الإعسار.

٤- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنّه، عندما تكون المصلحة الضمانية نافذة وقابلة للإنفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار، يُعتَرف بنفاذها وقابليتها للإنفاذ في إجراءات الإعسار.

٥- ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار إطارا حديثا ومتَّسقا ومنصفا لتناول حالات الإعسار عبر الحدود على نحو فعّال. ويوصَى باشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود.

جيم- الموازنة بين غايات قانون الإعسار وأهدافه الرئيسية

١٥- نظرا لأن نظام الإعسار لا يمكن أن يوفّر حماية كاملة لمصالح جميع الأطراف، فإنّ بعض الاختيارات السياساتية الرئيسية التي يتعيّن اتخاذها لدى صوغ قانون الإعسار يتعلق بتحديد الغايات العامة للقانون (إنقاذ المنشآت التي تشكو من ضائقة مالية، وحماية العمالة، وحماية مصالح الدائنين، والتشجيع على نشوء طبقة من منظمي المشاريع) وتحقيق التوازن المنشود بين الأهداف المحدّدة المبيَّنة أعلاه. وتُحقِّق قوانين الإعسار ذلك التوازن بإعادة توزيع مخاطر الإعسار على نحو يناسب أهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. وهكذا، يمكن أن تكون لقانون الإعسار آثار واسعة الانتشار في الاقتصاد الأعمّ.

١٦- ويكتسي تحقيق ذلك التوازن في قانون الإعسار وإدماج القانون في النظام القانوني الأوسع أهميّة حيويّة للحفاظ على النظام والاستقرار الاجتماعيين. ومن الضروري أن تكون جميع الأطراف قادرة على تَوقّع الكيفيّة التي ستتأثّر بها حقوقها القانونية في حال عجز المدين عن سداد ما لها عليه من ديون، كليّا أو جزئيّا. فهذا يتيح للدائنين والمستثمرين بالأسهم على السواء أن يحسبوا العواقب الاقتصادية لتقصير المدين، وبالتالي أن يقدِّروا ما يتعرضون له من مخاطر. وهذه المسائل مناقَشَة بالتفصيل في كل أجزاء الدليل التشريعي.

١٧- ولا يوجد حلّ عالمي لمسألة صوغ قانون الإعسار بسبب التباين الشديد بين الدول من حيث احتياجاتها وكذلك من حيث قوانينها المتعلقة بمسائل أخرى ذات أهمية كبرى في

الإعسار، مثل المصالح الضمانية،[٢] وحقوق الملكية والحقوق التعاقدية، وسبل الانتصاف وإجراءات الإنفاذ. ومع أنه قد لا يكون هناك حل عالمي، فإنّ معظم قوانين الإعسار يعالج مجموعة المسائل التي تثيرها الأهداف الرئيسية المناقَشَة أعلاه، ولو بدرجات متفاوتة من الاهتمام والتركيز. فبعض القوانين يفضّل أن يكون هناك اعتراف وإنفاذ أقوى فيما يتعلق بحقوق الدائن وبالصفقات التجارية في سياق الإعسار، ويمنح الدائنين سيطرة على سير إجراءات الإعسار أكثر من تلك المتاحة للمدين (يشار إليها أحيانا بالنُّظم "المحابية للدائن"). وثمة قوانين أخرى تميل إلى منح المدين سيطرة أكبر على الإجراءات (يشار إليها بالنُّظم "المحابية للمدين")، بينما تسعى مجموعة ثالثة من القوانين إلى إيجاد توازن بينهما. ويرجّح بعض القوانين كفة تصفية المنشأة المدينة من أجل التخلص من العناصر غير الناجعة واللاكفؤة في السوق، بينما تفضّل قوانين أخرى إعادة التنظيم. ويمكن أن يخدم التركيز على إعادة التنظيم عدّة أغراض مختلفة، منها مثلا زيادة قيمة مطالبات الدائنين كجزء من منشأة تجارية عاملة، وإتاحة فرصة ثانية لأصحاب الأسهم في المنشأة المدينة ولإدارتها؛ أو توفير حوافز قوية تشجع منظمي المشاريع ومديريها على اتخاذ مواقف مناسبة إزاء المخاطر؛ أو حماية فئات مستضعفة، كموظفي المدين، من آثار فشل المنشأة.[٣] ويعلّق بعض القوانين أهمية خاصة على حماية الموظفين والحفاظ على العمالة في حال الإعسار، بينما تنص قوانين أخرى على أنه يمكن تقليص حجم المنشأة مع توفير القدر الأدنى من الحماية للموظفين.

١٨- ومع ذلك، فإنّ اتباع نهج يفضّل إعادة التنظيم لا ينبغي أن يؤدي إلى إيجاد ملاذ آمن للمنشآت المحتضرة: فالمنشآت التي يستحيل إنقاذها ينبغي تصفيتها بأسرع وأنجع نحو ممكن. وبما أنّ بعض المصالح قد تعتبر أدنى أولوية من سواها، فإنّ إنشاء آليات خارج نطاق قانون الإعسار يمكن أن يمثّل حلا أفضل من محاولة معالجة تلك المصالح في إطار نظام الإعسار. ففي الحالات التي يتقرر فيها، كنهج سياساتي مثلا، إعطاء مطالبات الموظفين مرتبة أدنى من مرتبة

---

(2) اتخذت في السنوات الأخيرة خطوات صوب مناسقة القوانين المتعلقة بالمصالح الضمانية، مثل اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية، واتفاقية اليونيدروا بشأن الضمانات الدولية على المعدات المنقولة (كيب تاون، ٢٠٠١)، والعمل الحالي الذي تقوم به الأونسيترال من أجل صوغ دليل تشريعي بشأن المعاملات المضمونة.

(3) لا يوجد بالضرورة ترابط مباشر بين محاباة نظام الإعسار للمدين أو للدائن من جهة، والتشديد على التصفية أو إعادة التنظيم ونجاح إعادة التنظيم أو فشلها لاحقا من جهة أخرى. ومع أن نطاق هذا الدليل لا يتسع لمناقشة هذه المسائل بأي قدر من التفصيل، فهي مهمة لصوغ نظام الإعسار، وجديرة بالدراسة. ومع أن نسبة نجاح إعادة التنظيم تتفاوت تفاوتا شديدا بين النظم المصنّفة على أنها محابية للدائن، فإنّ البحوث تدلّ فيما يبدو على أن الزعم بأن النظم المحابية للدائن تفضي إلى عمليات إعادة تنظيم أقلّ نجاحا أو إلى عمليات إعادة تنظيم ناجحة أقلّ عددا مما هو الحال في النظم المحابية للمدين ليس بالضرورة صحيحا.

مطالبات الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية في إجراءات الإعسار، يمكن استخدام ترتيبات تأمينية لحماية مستحقات الموظفين (انظر الفقرتين ٧٢ و٧٣ من الفصل الخامس في الجزء الثاني، أدناه).

١٩- ونظرا لتطوّر المجتمع على الدوام، فإنّ قانون الإعسار لا يمكن أن يكون جامدا، بل يتطلّب إعادة تقييم في فترات منتظمة بغية ضمان تلبيته الاحتياجات الاجتماعية الراهنة. وتنطوي الاستجابات للتغير الاجتماعي المرتقب على تصرّف تقديري يمكن أن يسترشد بأفضل ممارسة دولية ويمكن عندئذ إسقاط تلك الممارسة على نُظم الإعسار الوطنية، مع مراعاة واقع النظام والموارد البشرية والمادية المتاحة.

> **التوصية ٦** (الفقرات ١٥-١٩)
>
> ٦- صيغت التوصيات الواردة في الدليل التشريعي بغية معالجة كل هدف من الأهداف الرئيسية وتحقيق توازن مناسب بينها.

دال- السمات العامة لقانون الإعسار

١- المسائل الموضوعية

٢٠- ينطوي صوغ قانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار على بحث مجموعة مشتركة من المسائل تتعلق بالإطار القانوني الموضوعي والإجرائي وبالإطار المؤسسي اللازمين لتنفيذه. وتشمل المسائل الموضوعية، التي ترد مناقشتها بالتفصيل في الجزء الثاني من الدليل التشريعي، ما يلي:

(أ) تحديد المدينين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار، بمن فيهم المدينون الذين قد يتطلّبون نظام إعسار خاصا؛

(ب) تقرير الوقت الذي يجوز فيه بدء إجراءات الإعسار، ونوع الإجراءات التي يمكن بدؤها، والطرف الذي يجوز له أن يطلب بدء الإجراءات، وما إذا كان ينبغي لمعايير بدء الإجراءات أن تختلف تبعا للطرف الذي يطلب البدء؛

(ج) مدى السماح للمدين بالاحتفاظ بالسيطرة على المنشأة عند بدء إجراءات الإعسار أو تنحيته وتعيين طرف مستقل (يشار إليه في الدليل باسم "ممثل الإعسار") من

أجل الإشراف على المنشأة المدينة وإدارتها، والتمييز الذي ينبغي أن يقام في هذا الصدد بين التصفية وإعادة التنظيم؛

(د) تَبَيُّن موجودات المدين التي ستخضع لإجراءات الإعسار وستشكّل حوزة الإعسار؛

(هـ) حماية حوزة الإعسار من تصرفات الدائنين والمدين ذاته وممثل الإعسار، والطريقة التي تُصان بها القيمة الاقتصادية للمصلحة الضمانية أثناء إجراءات الإعسار، عندما تسري تدابير الحماية على الدائنين المضمونين؛

(و) الطريقة التي يجوز لممثل الإعسار أن يستخدمها في معالجة العقود التي يبرمها المدين قبل بدء الإجراءات والتي لا يكون المدين والطرف المقابل له قد أوفيا بكامل التزاماتهما حيالها؛

(ز) مدى إمكانية إنفاذ حقوق المقاصة أو المعاوضة أو حمايتها، بصرف النظر عن بدء إجراءات الإعسار؛

(ح) الطريقة التي يجوز بها لممثل الإعسار أن يستخدم موجودات حوزة الإعسار أو يتصرف فيها؛

(ط) مدى قدرة ممثل الإعسار على إبطال أنواع معيّنة من المعاملات التي تفضي إلى الإضرار بمصالح الدائنين؛

(ي) في حال إعادة التنظيم وإعداد خطة إعادة التنظيم والقيود التي ستُفرض على مضمون الخطة، إن كان ثمّة قيود، القائم على إعداد الخطة، والشروط اللازم توفُّرها لكي يقرّها ويُنفِّذها؛

(ك) حقوق المدين والتزاماته؛

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه؛

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛

(ن) التكاليف والنفقات المتعلّقة بإجراءات الإعسار؛

(س) معاملة المطالبات وترتيبها لأغراض توزيع عائدات التصفية؛

(ع) توزيع عائدات التصفية؛

(ف) إبراء ذمة المدين أو إنهاء وجود المنشأة المدينة؛

(ص) اختتام الإجراءات.

٢- بنية قانون الإعسار

٢١- إضافة إلى النظر في هذه المسائل الموضوعية، سوف يكون من الضروري أن ينظر قانون الإعسار في بنية العملية الإجرائية التي تؤدي إلى اختيار إجراءات إعادة التنظيم أو التصفية. وتختلف النُّهج اختلافا شاسعا. فبعض قوانين الإعسار ينص على اتباع إجراءات إعسار وحدوية ومرنة تستلزم طلبا وحيدا لبدء العملية يُفضي إما إلى التصفية وإما إلى إعادة التنظيم، تبعا لظروف الحالة. وينص بعض القوانين الأخرى على نوعين متمايزين من الإجراءات، يحدّد كل منهما متطلباته الخاصة باللجوء إلى تلك الإجراءات وبدئها، مع إتاحة إمكانيات مختلفة للتحول بين هذين النوعين من الإجراءات. والقوانين التي تعامل إجراءات إعادة التنظيم والتصفية كنوعين متمايزين من الإجراءات إنما تفعل ذلك استنادا إلى اعتبارات مختلفة تتعلق بالسياسة الاجتماعية والتجارية. بيد أن هناك عددا كبيرا من المسائل المشتركة بين إعادة التنظيم والتصفية، مما يؤدي إلى كثير من التداخل والترابط بينهما، سواء من حيث الخطوات الإجرائية أو المسائل الموضوعية، كما سيتضح من المناقشة الواردة في الجزء الثاني الذي يلي هذا الجزء.

٢٢- إنَّ تقرير ما إذا كانت منشأة المدين المعسر قادرة على البقاء ينبغي أن يكون هو العاملَ الذي يقرّر، من الناحية النظرية على الأقل، ماهية الإجراءات التي ستُتَّبع. أما من الناحية العملية، فكثيرا ما يتعذر عند بدء إعادة التنظيم أو التصفية إجراء تقييم نهائي بشأن قدرة المنشأة على البقاء من الناحية المالية. ومن عيوب هذا النهج الذي يستوجب اتخاذ قرار بشأن الإجراء الذي سيُتَّبع من بين مختلف الإجراءات وقت بدئها أنه قد يُحدث درجة غير مستحسنة من الاستقطاب بين إعادة التنظيم والتصفية ، ويمكن أن يؤدي إلى تأخّر وقصور وازدياد في التكاليف، وبخاصة عندما يستلزم إخفاق عملية إعادة التنظيم، مثلا، تقديم طلب جديد ومنفصل التماسا للتصفية. وهذا القصور يمكن التغلّب عليه إلى حد ما بتوفير روابط بين نوعي الإجراءات، من أجل إتاحة التحوّل من أحدهما إلى الآخر في ظروف معيّنة، وبتوفير أدوات تستهدف منع إساءة استعمال إجراءات الإعسار، مثل بدء إجراءات إعادة التنظيم كوسيلة لاجتناب التصفية أو تأخيرها.

٢٣- وفيما يتعلق بمسألة الاختيار بين نوعي الإجراءات، تنص قوانين بعض الدول على أن يتاح للطرف الذي يطلب إجراءات الإعسار خيار أولي بين التصفية وإعادة التنظيم. وعندما يَستهل إجراءات التصفية دائنٌ واحد أو أكثر، كثيرا ما يوفّر القانون آلية تتيح للمدين أن يطلب تحويلها إلى إجراءات إعادة تنظيم، حيثما أمكن ذلك. وعندما يطلب المدين إجراءات إعادة التنظيم، سواء بدافع ذاتي منه أو نتيجة لطلب تصفية مقدّم من أحد الدائنين، يتعيّن منطقيا البت أولا في طلب إعادة التنظيم. ولكن، بغية حماية الدائنين، ينص بعض قوانين الإعسار على آلية تتيح تحويل إعادة التنظيم إلى تصفية عندما يتبين، سواء في مرحلة مبكرة من الإجراءات أو فيما بعد، أنّ نجاح إعادة التنظيم أمر مستبعد أو متعذر. وقد تتمثّل آلية أخرى لحماية الدائنين في تحديد المدة القصوى المتاحة لاستمرار إجراءات إعادة التنظيم خلافا لرغبة الدائنين.

٢٤- وكمبدأ عام، يُضطَلع بإجراءات التصفية وإعادة التنظيم، في العادة، بصورة متعاقبة، وإن كانت تُعرَض عادة كإجراءات منفصلة، أي أنّ إجراءات التصفية لا تأخذ مجراها إلا إذا كان من المستبعد نجاح جهود إعادة التنظيم أو إذا أَخفقت تلك الجهود. وفي بعض نظم الإعسار، يُفترض عموما أن يعاد تنظيم المنشأة وألا يُبدأ بإجراءات التصفية إلا إذا أَخفقت جميع محاولات إعادة تنظيم ذلك الكيان. أمّا في نظم الإعسار التي تتيح التحوّل من أسلوب إلى آخر، فيجوز للمدين أو الدائنين أو ممثل الإعسار التماس تحويل إعادة التنظيم إلى تصفية، تبعا لأحكام القانون. وقد تشمل تلك الظروف عجز المدين عن سداد الديون اللاحقة لتقديم الالتماس عندما يحين أجلها، أو عدم موافقة الدائنين أو المحكمة على خطة إعادة التنظيم، أو عدم وفاء المدين بالتزاماته بمقتضى الخطة الموافق عليها، أو محاولته الاحتيال على الدائنين. ومع أنه كثيرا ما يتسنى تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى إجراءات تصفية، لا يسمح معظم نظم الإعسار بالتحول ثانية إلى إعادة التنظيم إذا سبق أن حُوِّلت إلى تصفية.

٢٥- وقد أدت صعوبة البت منذ البداية فيما إذا كان ينبغي تصفية الكيان المدين بدلا من إعادة تنظيمه إلى قيام بعض الدول بتنقيح قوانينها الخاصة بالإعسار، فاستعاضت عن الإجراءات المنفصلة بإجراءات "وحدوية".[٤] ففي النَّهج "الوحدوي" ثمة فترة أولية (يشار إليها عادة بأنّها "فترة مراقبة" قد تمتد في أمثلة القوانين الوحدوية المذكورة حاليا إلى ثلاثة أشهر) لا يؤخذ أثناءها بأي افتراض بشأن ما إذا كانت المنشأة ستخضع لإعادة التنظيم أم

(4) في حال اختيار نظام وحدوي، سوف يلزم إدخال بعض التغييرات على مختلف العناصر الأساسية لقانون الإعسار.

للتصفية في نهاية المطاف. ولا يحدث الاختيار بين إجراءات إعادة التنظيم وإجراءات التصفية إلاّ بعد أن يتم تقييم الوضع المالي للمدين ويتقرَّر ما إذا كانت إعادة التنظيم ممكنة فعلا. والمزايا الأساسية لهذا النهج هي بساطته الإجرائية ومرونته ونجاعته المحتملة من حيث التكلفة. كما إنَّ الإجراءات الوحدوية البسيطة قد تشجّع المدينين الذين يشكون من ضائقة مالية على اللجوء المبكّر إلى الإجراءات، مما يعزّز فرص نجاح إعادة التنظيم. ولكن، قد يكون لهذا النهج عيب هو التأخر الذي يحدث بين وقت اتخاذ قرار البدء ووقت البت في ماهية الإجراءات التي ينبغي اتباعها وما قد يترتب على ذلك التأخر من آثار في منشأة المدين وقيمة موجوداته. وكيفما كان قانون الإعسار مرتَّبا فيما يتعلق بإعادة التنظيم والتصفية ، ينبغي له أن يكفل أنَّ المدين الذي يلج هذا النظام لا يمكنه أن يخرج منه دون أن يُبتّ نهائيا بشكل ما في مستقبله.

٣- العلاقة بين قانون الإعسار وقوانين أخرى

٢٦- ثمة مسألة أعم ينبغي تناولها وهي الكيفية التي سيرتبط بها قانون الإعسار بالقوانين الموضوعية الأخرى وما إذا كان قانون الإعسار سيعدّل تلك القوانين فعلا. وقد تشمل القوانين ذات الصلة قوانين العمل التي توفّر تدابير حماية معينة للموظفين، والقوانين التي تحدّ من إتاحة المقاصة والمعاوضة، والقوانين التي تقيِّد تحويل الديون إلى أسهم، والقوانين التي تفرض على تداول النقد الأجنبي وعلى الاستثمار الأجنبي ضوابط يمكن أن تؤثِّر في محتوى خطة إعادة التنظيم (انظر عقود العمل، في الفقرة ١٤٥ من الفصل الثاني، والفقرتين ٧٢ و٧٣ من الفصل الخامس في الجزء الثاني؛ والمقاصة والمعاوضة، في الفقرات ٢٠٤-٢١٥ من الفصل الثاني في الجزء الثاني؛ ومضمون خطة إعادة التنظيم، في الفقرات ١٨-٢٢ من الفصل الرابع في الجزء الثاني). فالعلاقة بين قانون الإعسار والقوانين الأخرى ينبغي أن تكون واضحة، كما ينبغي، كلّما أمكن، إدراج إشارات إلى القوانين الأخرى في قانون الإعسار.

٢٧- ومع أن الدليل التشريعي لا يناقش الإطار المؤسسي بأي قدر من التفصيل، فهو يتطرق أدناه إلى بعض المسائل المتعلّقة به. ورغم تنّوع المسائل الموضوعية التي يجب حلّها، فإنّ قوانين الإعسار هي ذات طابع إجرائي جدًّا. ولصوغ القواعد الإجرائية دور حاسم في تقرير كيفية توزيع الأدوار بين مختلف المشاركين، خصوصا فيما يتعلق باتخاذ القرارات. وبما أن قانون الإعسار يلقي على البنية التحتية المؤسسية مسؤولية كبيرة فيما يخص اتخاذ القرارات الهامة، فمن الضروري أن تكون تلك البنية التحتية متطورة بقدر كاف يمكِّن من اتخاذ القرارات اللازمة.

التوصية ٧ (الفقرة ٢٠)

٧- بغية صوغ قانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار، ينبغي النظر في السمات المشتركة التالية:

(أ) تحديد المدينين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار، بمن فيهم المدينون الذين قد يتطلّبون نظام إعسار خاصا؛

(ب) تقرير الوقت الذي يجوز فيه بدء إجراءات الإعسار، ونوع الإجراءات التي يمكن بدؤها، والطرف الذي يجوز له أن يطلب بدء الإجراءات، وما إذا كان ينبغي لمعايير بدء الإجراءات أن تختلف تبعا للطرف الذي يطلب البدء؛

(ج) مدى السماح للمدين بالاحتفاظ بالسيطرة على المنشأة عند بدء إجراءات الإعسار أو تنحيته وتعيين طرف مستقل (يشار إليه في الدليل التشريعي باسم "ممثل الإعسار") للإشراف على المنشأة المدينة وإدارتها، والتمييز الذي ينبغي إقامته في هذا الصدد بين التصفية وإعادة التنظيم؛

(د) تَبَيُّن موجودات المدين التي ستخضع لإجراءات الإعسار وستشكّل حوزة الإعسار؛

(هـ) حماية حوزة الإعسار من تصرفات الدائنين والمدين ذاته وممثل الإعسار، والطريقة التي تُصان بها القيمة الاقتصادية للمصلحة الضمانية أثناء إجراءات الإعسار، عندما تسري تدابير الحماية على الدائنين المضمونين؛

(و) الطريقة التي يجوز لممثل الإعسار أن يستخدمها في معالجة العقود التي يبرمها المدين قبل بدء الإجراءات والتي لا يكون المدين والطرف المقابل له قد أوفيا بكامل التزاماتهما حيالها؛

(ز) مدى إمكانية إنفاذ حقوق المقاصة أو المعاوضة أو حمايتها، بصرف النظر عن بدء إجراءات الإعسار؛

(ح) الطريقة التي يجوز بها لممثل الإعسار أن يستخدم موجودات حوزة الإعسار أو يتصرف فيها؛

(ط) مدى قدرة ممثل الإعسار على إبطال أنواع معيّنة من المعاملات التي تفضي إلى الإضرار بمصالح الدائنين؛

(ي) في حال إعادة التنظيم وإعداد خطة إعادة التنظيم والقيود التي ستُفرض على مضمون الخطة، إن كان ثمّة قيود، القائم على إعداد الخطة، والشروط اللازم توفُّرها لكي يقرّها ويُنفِّذها؛

(ك) حقوق المدين والتزاماته؛

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه؛

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛

(ن) التكاليف والنفقات المتعلّقة بإجراءات الإعسار؛

(س) معاملة المطالبات وترتيبها لأغراض توزيع عائدات التصفية؛

(ع) توزيع عائدات التصفية؛

(ف) إبراء ذمة المدين أو إنهاء وجود المنشأة المدينة؛

(ص) اختتام الإجراءات.

ثانيا– آليات حل ضائقة المدين المالية

ألف– مقدّمة

١– تركّز المناقشة التالية على الآليات المختلفة التي وضعت لتذليل صعوبات المدين المالية وثبتت فائدتها كأداة لمعالجة تلك الصعوبات. وتشمل هذه الآليات الإجراءات التي تتخذ بموجب قانون الإعسار، سواء أكانت إعادة تنظيم أم تصفية؛ والمفاوضات مع الدائنين التي يجريها المدين طواعية وتعقد أساسا خارج نطاق قانون الإعسار؛ والإجراءات الإدارية التي استحدثت في عدد من البلدان لكي تعالج تحديدا المشاكل المالية النظامية في القطاع المصرفي. وقد أُدرجت هذه الأخيرة لمجرّد العلم بالشيء ولا يُقترح استحداثها لمعالجة إعسار المدينين المضطلعين بنشاط اقتصادي. وينبغي كذلك عدم الخلط بين الوكالة الميسِّرة المستعان بها للإشراف على هذه الإجراءات الإدارية بالتحديد والسلطات التي يمكن استحداثها للإشراف على إجراءات الإعسار التي تُسَيَّر في إطار قانون الإعسار بشأن المدينين الاقتصاديين والتي يشير إليها هذا الدليل التشريعي بالتعبير "المحكمة".

باء– مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية

٢– إنّ مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية استحدثها القطاع المصرفي قبل بضعة أعوام كبديل عن إجراءات إعادة التنظيم الرسمية في إطار قانون الإعسار. وهذا النوع من التفاوض، الذي قادته وأثّرت فيه مصارف ومؤسسات مالية ناشطة دوليا، انتشر تدريجيا إلى عدد كبير من الولايات القضائية، وإن كان استخدامه فيها متباينا؛ ففي بعض الولايات القضائية يُذكر أنّ هذا النوع من التفاوض نادرا ما يستخدم، بينما يُذكر أنّ معظم عمليات إعادة التنظيم في ولايات قضائية أخرى تجرى بواسطة هذا النوع من التفاوض. وقد تجسِّد هذه النتائج، إلى حد ما، وجود (أو عدم وجود) ما يوصف أحيانا بأنه "ثقافة إنقاذ" — أي مدى ترجيح المشاركين نجاح هذا النوع من التفاوض، بصرف النظر عن الغياب الرسمي لسمات خاصة بالإجراءات التي تُسَيَّر في إطار قانون الإعسار، مثل وقف دعاوى الدائنين.

٣- وكان استخدام مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية مقصورا بوجه عام على حالات الضائقة المالية أو الإعسار التي تصيب الشركات، والتي يكون فيها مقدار الدين المستحق للمصارف والمؤسسات المالية كبيرا. وتهدف المفاوضات إلى ضمان ترتيبات تعاقدية، فيما بين المقرضين أنفسهم وبين المقرضين والمدين، لأجل إعادة هيكلة الكيان المدين، مع إعادة ترتيب التمويل أو بدونها. وهذا يمكن أن يوفّر وسيلة لإضفاء المرونة على نظام الإعسار بتخفيف العبء الملقى على الأجهزة القضائية، وبتيسير صدور استجابة استباقية من جانب الدائنين في وقت أبكر مما هو ممكن في العادة في إطار إجراءات الإعسار الرسمية، وباجتناب الوصمة التي كثيرا ما تقترن بالإعسار. ومع أن هذا النوع من التفاوض لا يستند إلى أحكام قانون الإعسار أو لا يعتمد عليها، فإنّ نجاح استخدامه يتوقف إلى حد بعيد على وجود وتوافر قانون إعسار يتسم بالفاعلية والكفاءة وإطار مؤسسي مساند[1] لأجل توفير جزاءات يمكن أن تساعد على إنجاح المفاوضات الطوعية. وما لم ينتهز المدين ودائنوه من المصارف والمؤسسات المالية فرصة الاجتماع معا والقيام بهذه المفاوضات طوعا، فإنّه يمكن للمدين أو للدائنين الاستظهار بقانون الإعسار، مع ما قد ينطوي عليه ذلك من احتمال الإضرار بكل من المدين ودائنيه من حيث التأخر والتكلفة والنتيجة.

٤- وترتئي نظم قانونية كثيرة أن يكون بمقدور المدين أن يبرم اتفاقات أو ترتيبات تهدف إلى إعادة هيكلة منشأته أو ديونه مع بعض دائنيه الذين يمكن أن يخضعوا لا لقانون الإعسار وإنما لغيره من القوانين كقانون العقود أو قانون الشركات أو القانون التجاري أو القانون الإجرائي المدني، أو في بعض الحالات للوائح التنظيمية المصرفية ذات الصلة. بيد أن هناك بضع ولايات قضائية لا تسمح بحدوث تلك الاتفاقات أو الترتيبات خارج نطاق نظام المحاكم أو قانون الإعسار. وبعض القوانين يعتبر الخطوات المرتبطة بتلك المفاوضات الطوعية لكي تُصدر المحاكم إعلانا بالإعسار. وهناك أيضا عدة ولايات قضائية تفرض على المدين التزاما ببدء إجراءات إعسار رسمية في غضون فترة معيَّنة بعد وقوع حدث إعسار محدّد، ومن ثم تجعل إجراء تلك المفاوضات الطوعية محصورا في الحالات التي لا تكون فيها الشروط الرسمية لبدء الإجراءات قد استوفيت بعد. وبالرغم من تلك القيود، يشار إلى أن المصارف وغيرها من الدائنين في تلك الولايات القضائية كثيرا ما تستخدم أساليب مختلفة للوصول إلى شكل ما من أشكال إعادة تنظيم الكيانات المدينة خارج نطاق قانون الإعسار.

(1) للاطلاع على مناقشة الإطار المؤسسي، انظر الفصل الثالث، أدناه.

١- الشروط المسبقة الضرورية

٥- تتوقف نجاعة مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية على عدة منطلقات أولية محدّدة جيدا. وهذه قد تشمل:

(أ) كون جزء كبير من الدين مستحقا لعدة مصارف أو مؤسسات مالية دائنة رئيسية؛

(ب) عجز المدين عن خدمة ذلك الدين في الوقت الحاضر أو في وقت وشيك؛

(ج) القبول بالرأي الذي مفاده أنه قد يكون من الأفضل التفاوض على ترتيب، وذلك بين المنشأة المدينة والمموِّلين وكذلك فيما بين المموِّلين أنفسهم، لإيجاد حلّ لضائقة المدين المالية؛

(د) استخدام أساليب متطورة نسبيا في إعادة التمويل والضمان وغيرها من الأساليب التجارية التي قد تستخدم لتغيير أو إعادة ترتيب أو إعادة هيكلة ديون المنشأة المدينة أو المنشأة المدينة ذاتها؛

(هـ) التلويح بالجزاء المتمثّل في إمكانية اللجوء على نحو سريع وفعّال إلى قانون الإعسار إذا ما تعذر بدء عملية التفاوض أو انهارت؛

(و) احتمال أن تعود عملية التفاوض على جميع الأطراف بمنفعة أكبر مما في حال اللجوء المباشر والفوري إلى قانون الإعسار (وهذا يعزى جزئيا إلى أن النتيجة تكون خاضعة لسيطرة الأطراف المتفاوضة، وأن العملية تكون أقل تكلفة ويمكن إنجازها بسرعة دون تعطيل أعمال منشأة المدين)؛

(ز) عدم حاجة المدين إلى إعفاء من الديون التجارية، أو إلى منافع إجراءات الإعسار الرسمية، ومنها مثلا الوقف الآلي أو القدرة على رفض الديون المرهقة؛

(ح) معاملة إعادة التنظيم معاملة ضريبية محابية أو محايدة، سواء في الولاية القضائية التي يتبع لها المدين أو الولايات القضائية التي يتبع لها الدائنون الأجانب.

٢- العمليات الرئيسية

٦- تتطلب مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية، لكي تكون فعّالة، اتباع عدة خطوات مختلفة واستخدام مجموعة متنوعة من المهارات. وترد مناقشة العناصر الرئيسية في العملية أدناه.

(أ) بدء المفاوضات

٧- تنطوي المفاوضات الطوعية أساسا على الجمع بين المدين والدائنين، أو الدائنين الرئيسيين على الأقل، ويجب أن يتولى واحد أو أكثر منهم استهلال المفاوضات (لأنه لا يمكن الاعتماد على قانون أو شخص ميسّر لاستهلال المفاوضات أو فرضها أو تقديم المساعدة فيها). وقد يكون المدين غير راغب في بدء حوار مع الدائنين أو على الأقل مع جميع دائنيه، كما إنّ الدائنين، نظرا لانشغال كل منهم بموقفه، قد لا يكون لديهم اهتمام كبير بالمفاوضات الجماعية. وهذه المرحلة بالذات هي التي يمكن فيها الاستفادة من توافر وفعالية سبل الانتصاف الفردية للدائنين أو من إجراءات الإعسار الرسمية للتشجيع على بدء تلك المفاوضات وإحراز تقدّم فيها. والمدين الذي يظل نافرا من المشاركة قد يجد نفسه عُرضة لدعاوى فردية بشأن الديون أو الإنفاذ أو حتى لإجراءات إعسار، ولن يكون قادرا على إحباطها أو تأخيرها. وفي الوقت ذاته، قد يجد الدائنون أنفسهم أيضا عرضة لإجراءات إعسار رسمية تمنعهم فعلا من إنفاذ حقوقهم الفردية وقد لا تكون هي الطريقة المثلى لاسترداد ديونهم. ومن ثم، فإنّ استحداث محفل يستطيع المدين والدائنون أن يجتمعوا فيه معاً لاستكشاف إمكانية التوصل إلى ترتيب بغية معالجة ضائقة المدين المالية والتفاوض على ذلك الترتيب هو أمر بالغ الأهمية.

(ب) التنسيق بين المشاركين: تعيين دائن قائد ولجنة توجيهية

٨- من الضروري أن تضم المفاوضات الطوعية جميع الأطراف المعنية الرئيسية؛ فعادة ما يكون لحضور مجموعة المقرضين، وأحيانا الدائنين الرئيسيين الذين قد يمسّهم اتفاق إعادة الهيكلة الطوعي، أهمية حاسمة في المفاوضات. وبغية تنسيق المفاوضات على نحو أفضل، كثيرا ما يُعيّن دائن رئيسي لكي يتولى القيادة والتنظيم وتسيير الأمور والإدارة. وعادة ما يكون هذا الدائن مسؤولا أمام لجنة تمثل جميع الدائنين (لجنة توجيهية)، وهو يستطيع تقديم المساعدة والعمل بمثابة مرآة تعكس الاقتراحات المتعلقة بالمدين.

(ج) الاتفاق على "تجميد الوضع"

٩- بغية تمكين المنشأة من مواصلة عملياتها وضمان إتاحة وقت كاف للحصول على المعلومات عن المدين وتقييمها ولصوغ اقتراحات بشأن حل ضائقة المدين المالية وتقييم تلك الاقتراحات، قد يلزم وجود اتفاق تعاقدي على تعليق أي إجراءات مناوئة يتخذها المدين والدائنون الرئيسيّون. وعلى وجه العموم، يلزم أن يدوم ذلك الاتفاق لفترة محدّدة، عادة ما تكون قصيرة، ما لم يكن ذلك غير مناسب في حالة معيّنة.

(د) الاستعانة بمستشارين

١٠- ثمة محاولات قليلة جدا، إن وُجدت، لإعادة الهيكلة الطوعية دون إشراك خبراء ومستشارين مستقلّين من حقول اختصاص مختلفة (كالشؤون القانونية أو المحاسبة أو المالية أو التنظيم الرقابي للأعمال التجارية أو التسويق). ومع أنه قد يُرى أن إشراك أولئك الخبراء والمستشارين يؤدي إلى تكاليف وتدخّلات غير ضرورية في شؤون المدين والدائنين، وكذلك إلى فقدان السيطرة على زمام الأمور، فهو بوجه عام ضروري لضمان توفير المعلومات، التي يمكن التحقق منها على نحو مستقل، وكذلك لإيجاد خطط بشأن إعادة التمويل وإعادة الهيكلة والإدارة والتشغيل يضعها فنّيون متخصّصون، حيث إنها أساسيّة لنجاح هذه المفاوضات.

(هـ) ضمان تدفق نقدي وسيولة نقدية وافيين

١١- كثيرا ما يحتاج المدين الذي يصبح مرشحا لمفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية إلى أن تتاح له على نحو متواصل سبل الوصول إلى التسهيلات الائتمانية القائمة أو إلى توفير ائتمانات جديدة. وتوفير الائتمانات من جانب الدائنين المضمونين الحاليين قد لا يمثل مشكلة. أما إذا لم يكن ذلك متاحا وكانت هناك حاجة إلى ائتمان جديد فقد يكون من الصعب ضمان سداد الائتمان الجديد في نهاية المطاف إذا ما أخفقت المفاوضات. ومع أنه يمكن معالجة هذه المسألة في إطار قانون الإعسار بتوفير شكل ما من الأولوية أو الضمانة لمثل هذا الإقراض الجاري (انظر الفقرات ١٠٠-١٠٤ من الفصل الثاني في الجزء الثاني)، فإنّ قانون الإعسار لن يتّسع عادة ليشمل ترتيبا يُتوصل إليه عن طريق مفاوضات طوعية.

١٢- ومع ذلك، يمكن للدائنين الذين يشاركون في المفاوضات الطوعية أن يتفقوا فيما بينهم على أنه إذا ما قدّم واحد أو أكثر منهم ائتمانا إضافيا فإنّ الدائنين الآخرين سوف يقبلون بإعطاء ذلك الائتمان أولوية على مطالباتهم لكي يتسنى سداد الائتمان الجديد قبل

مطالباتهم. ومن ثم، يلزم أن يكون هناك اتفاق تعاقدي فيما بين أولئك الدائنين على سداد الائتمان الجديد عندما تُتوَّج مفاوضات إعادة الهيكلة بالنجاح. أما في حال إخفاق المفاوضات وتصفية الكيان المدين، فقد يُترك الدائن الذي قدم الائتمان الجديد ومعه مطالبة غير مضمونة (ما لم تكن قد قُدمت مصلحة ضمانية) ولا يتلقى سوى سداد جزئي مع سائر الدائنين غير المضمونين.(٢)

(و) تيسر الحصول على معلومات عن المدين

١٣- إنّ تيسر الحصول على معلومات كاملة ودقيقة عن المدين أمر أساسي للتمكّن من إجراء تقييم سليم لوضعه المالي وتقديم اقتراحات إلى الدائنين المعنيين. ويلزم أن تتاح المعلومات عن موجودات المدين والتزاماته وأعماله التجارية لجميع الدائنين المعنيين، ولكن قد يلزم معاملة تلك المعلومات على أنها معلومات سرّية، ما لم تكن متاحة علنا من قبل.

(ز) التعامل مع الدائنين

١٤- كثيرا ما يسبّب تعقّد مصالح الدائنين مشاكل عويصة للمفاوضات الطوعية. فقد لا تتسنى تلبية المصالح المختلفة ولا إقناع الدائنين الذين سبق أن أقاموا دعوى استرداد أو إنفاذ على المدين بأن يشاركوا في المفاوضات إلاّ إذا كان هناك مجال لإحراز نتيجة أفضل من خلال تلك المفاوضات، أو إذا كان خطر اللجوء إلى إجراءات إعسار رسمية سيثني الدائنين عن السعي وراء حقوقهم الفردية.

١٥- ولكن، كثيرا ما يتعذَّر إشراك كلِّ الدائنين في المفاوضات (أو لا يكون ذلك ضروريا حقاًّ)، إمّا بسبب عددهم وتباين مصالحهم وإمّا لعدم جدوى إشراك الدائنين الذين لهم ديون صغيرة، أو ليس لديهم ما يلزم من الدراية التجارية أو المعرفة أو الإرادة لكي يشاركوا مشاركة فعالة. ومع أن الدائنين الذين يندرجون في هذه الفئات كثيرا ما قد يُستبعَدون من المفاوضات، فلا يمكن تجاهلهم لأنه قد يكون لهم أهمية في مواصلة تشغيل المنشأة (بصفتهم مورِّدين للسِّلع أو الخدمات الأساسية أو مشاركين في أجزاء أساسية من عملية الإنتاج في المنشأة المدينة)، وليست هناك قواعد يمكن أن تُجبر أولئك الدائنين على قبول القرار الذي يصدر عن أغلبية الدائنين.

(2) انظر الفقرات ٥٥-٦١ من الفصل الخامس في الجزء الثاني، حول إنزال مرتبة المطالبات.

١٦- وفي أي اتفاق بشأن إعادة الهيكلة الطوعية، كثيرا ما يسترد الدائنون التجاريون والدائنون الصغار مبالغ مطالباتهم بالكامل. ومع أن هذا قد يوحي بوجود معاملة غير متكافئة، فهو قد يكون مجديا من الناحية التجارية لفئة من كبار الدائنين. وثمة نهج بديل هو ضمان موافقة الدائنين الرئيسيين على خطة لإعادة الهيكلة ثم استخدام الخطة كأساس لإجراءات إعادة تنظيم رسمية تحت إشراف المحكمة يشارك فيها دائنون آخرون (يشار إليها أحيانا بأنها خطة "مسبقة التجهيز"، ويشار إليها في هذا الدليل بالتعبير "إجراءات إعادة التنظيم المعجَّلة" - انظر الفقرات ٧٦-٩٤ من الفصل الرابع في الجزء الثاني). وبعد ذلك، يمكن أن تصبح هذه الخطة ملزمة للدائنين الآخرين. ولكن لا يمكن تحقيق هذه النتيجة في تلك الظروف دون وجود نظام إعسار رسمي فعّال.

٣- وضع قواعد ومبادئ توجيهية بشأن إعادة الهيكلة الطوعية

١٧- بغية المساعدة على تسيير مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية، وخصوصا معالجة المشاكل المذكورة أعلاه في سياق المنشآت المعقدة المتعددة الجنسيات، قام عدد من المنظمات بصوغ مبادئ وتوجيهات غير ملزمة في هذا الصدد. وثمة نهج من هذا القبيل يدعى "نهج لندن"، ويمكن تلخيصه بأنَّه إطار غير رسمي استُحدث بدعم من مصرف انكلترا من أجل معالجة عمليات الدعم المؤقت الذي تقدِّمه مصارف ومؤسسات إقراض أخرى إلى شركة أو مجموعة تشكو من ضائقة مالية، في انتظار احتمال إعادة هيكلتها. ويحثّ هذا النهج المصارف التجارية على اتخاذ موقف مساند لمدينيها الذين يواجهون ضائقة مالية. وهو يقضي بألاّ تتخذ القرارات المتعلقة بمستقبل المدين في الأمد البعيد إلا بناء على معلومات شاملة تتقاسمها كل المصارف وسائر الأطراف المراد إشراكها في أي اتفاق بشأن مستقبل المدين. ويتيسّر التمويل المؤقت بواسطة اتفاق على إبقاء الحال على ما هو عليه وعلى التنازل عن الأولوية، كما تعمل المصارف مع الدائنين الآخرين من أجل التوصل إلى رأي جماعي بشأن ما إذا كان ينبغي مدّ حبل إنقاذ مالي للكيان المدين وبأيّ شروط. وقامت مصارف مركزية في بلدان أخرى باستحداث نُهُج، وأحيانا مبادئ توجيهية، مماثلة.

١٨- ومن المنظمات الدولية التي اضطلعت بعمل في هذا المجال الاتحاد الدولي لإخصائيي الإعسار (إنسول)، الذي أصدر بيانا بشأن مبادئ لنهج عالمي لإيجاد مخارج لقضايا تعدد الدائنين. وترمي تلك المبادئ إلى تعجيل مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وزيادة فرص النجاح بتوفير إرشادات لمختلف مجموعات الدائنين بشأن كيفية التصرّف استنادا إلى بعض القواعد العامة المتفق عليها.

جيم- إجراءات الإعسار

١٩- هناك نوعان رئيسيان من الإجراءات مشتركان بين أغلبية قوانين الإعسار، وهما: إعادة التنظيم والتصفية.

٢٠- والتفريق أو التمييز التقليدي بين هذين النوعين من الإجراءات قد يكون مصطنعا إلى حد ما، ويمكن أن يحدث استقطابا أو جمودا دون داع. فهو لا يراعي، مثلا، الحالات التي يصعب إدراجها في القطبين، أي الحالات التي يرجح أن يؤدي فيها اتباع نهج مرن إزاء وضع المدين المالي إلى تحقيق أفضل نتيجة للمدين والدائنين على السواء من حيث تحقيق أقصى قيمة لحوزة الإعسار. فعلى سبيل المثال، يستخدم مصطلح "إعادة التنظيم" أحيانا للإشارة إلى طريقة معيَّنة لضمان صون قيمة حوزة الإعسار وإمكان زيادة قيمتها في سياق إجراءات التصفية، كما هو الحال عندما ينصّ القانون على أن تجري التصفية بإحالة المنشأة إلى كيان آخر كمنشأة عاملة. ففي هذه الحالة، يشير مصطلح "إعادة التنظيم" إلى مجرد أسلوب غير التصفية التقليدية (أي بيع الموجودات مباشرة بصورة مجزأة أو تسييلها) يُستَخدَم للحصول على أكبر قيمة ممكنة من حوزة الإعسار. ولتحقيق مثل هذا البيع أو التسييل، قد يكون من الضروري أن ينطوي قانون الإعسار على قدر من المرونة لا يكون في العادة متاحا في القوانين التي تعرّف التصفية بأنها بيع الموجودات في أسرع وقت ممكن ولا تسمح للمنشأة بالاستمرار إلا لذلك الغرض. فبعض القوانين، مثلا، تخوِّل ممثل الإعسار فعليا سلطة بيع موجودات المدين أو تسييلها بأسلوب أنفع من التصفية. كذلك، يمكن أن تقتضي إعادة التنظيم بيع أجزاء كبيرة من منشأة المدين أو تتوخى في نهاية المطاف تصفية تلك المنشأة أو بيعها لشركة جديدة وحلّ الكيان المدين الراهن.

٢١- ولهذه الأسباب، من المستصوب أن يوفّر قانون الإعسار ما هو أكثر من التخيير بين عملية التصفية التقليدية ونوع وحيد ضيق التحديد من إعادة التنظيم. ونظرا لأنّ مفهوم إعادة التنظيم يمكن أن يشمل ترتيبات متنوعة، فمن المستصوب أن يعتمد قانون الإعسار نهجا غير إلزامي وأن يساند الترتيبات التي تحقق نتيجة توفّر للدائنين قيمة أكبر مما في حالة تصفية الكيان المدين.

٢٢- وعند مناقشة الأحكام الأساسية لنظام إعسار فعّال وكفؤ، يركِّز الدليل التشريعي على إجراءات إعادة التنظيم من ناحية، وإجراءات التصفية من ناحية أخرى. ولكن لا يُقصد باعتماد هذا النهج أن يدلّ على تفضيل لأنواع معيَّنة من الإجراءات أو تفضيل للطريقة التي ينبغي بها إدماج مختلف الإجراءات في قانون بشأن الإعسار. بل يسعى الدليل إلى مقارنة

ومضاهاة العناصر الأساسية لمختلف أنواع الإجراءات، والتشجيع على اتباع نهج يركِّز على تحقيق أقصى نتيجة لصالح الأطراف المعنيّة بالإعسار بدلا من التركيز على أنواع من الإجراءات صارمة التحديد. ويمكن تحقيق ذلك بصوغ قانون إعسار يجسد العناصر الرسمية التقليدية بطريقة تكفل أقصى درجة من المرونة.

١– إجراءات إعادة التنظيم

٢٣– إن إعادة التنظيم، بصفتها إجراء يرمي إلى إنقاذ المدين أو، إذا تعذّر ذلك، إنقاذ المنشأة، يمكن أن تتّخذ واحدا من عدة أشكال، ويمكن أن تكون أكثر تنوعا من التصفية في مفهومها وقبولها وتطبيقها على الصعيد العالمي. وتوخيا للبساطة، يُستخدم مصطلح "إعادة التنظيم" في الدليل بمعنى واسع لكي يشير إلى نوع الإجراءات الذي يتمثل غرضه النهائي في تمكين المدين من التغلب على صعوباته المالية واستئناف عملياته التجارية المعتادة أو مواصلتها (مع أنه قد ينطوي في بعض الحالات على تقليص نطاق المنشأة أو بيعها كمنشأة عاملة إلى شركة أخرى، أو تصفيتها في نهاية المطاف).

٢٤– ولا ينبغي بالضرورة تصفية أعمال كل المدينين الذين يتعثرون أو يواجهون ضائقة مالية شديدة في سوق تنافسية؛ فالمدين الذي لديه فرصة معقولة للبقاء (ومن ذلك مثلا المدين الذي لديه منشأة يمكن أن تكون مربحة) ينبغي أن تُتاح له تلك الفرصة حيثما يمكن إثبات وجود قيمة أكبر (وبالتالي منفعة أكبر للدائنين في الأمد البعيد) في الحفاظ على المنشأة الأساسية وسائر الأجزاء المكونة للكيان المدين معا. والقصد من إجراءات إعادة التنظيم هو إعطاء المدين متنفسا لكي يتعافى مما ألمّ به من ضائقة مؤقتة في السيولة أو من مديونية مفرطة أطول أمدا، وإعطاؤه عند الضرورة فرصة لإعادة هيكلة ديونه وعلاقاته بالدائنين. وحيثما تكون إعادة التنظيم ممكنة، فإنّ الدائنين يفضلونها عادة إذا كانت القيمة المستمدة من مواصلة تشغيل منشأة المدين سوف تعزِّز قيمة مطالباتهم.

٢٥– غير أنّ إعادة التنظيم لا تعني ضمنا أنه يجب حماية جميع أصحاب المصلحة كليا، أو أنه ينبغي إعادتهم إلى وضعهم المالي أو التجاري الذي كانوا سيتوصلون إليه لو لم يحدث الإعسار. وهي لا تعني أيضا أنّ الكيان المدين سوف يُستصلح بالكامل، أو أنّ مطالبات دائنيه سوف تسدَّد بالكامل، أو أنّ مالكي الكيان المدين المعسر ومديريه سوف يحتفظون بأوضاعهم السابقة. فالإدارة قد تُنهَى وتُغيَّر، وحصص حائزي الأسهم قد تؤول إلى لا شيء، والموظفون قد يخفَّض عددهم، ومصدر السوق للمورِّدين قد يختفي. ولكن، يمكن القول عموما إنّ إعادة التنظيم تعني بالفعل أن الدائنين، أيا كان شكل الخطة أو المخطط أو

الترتيب المتفق عليه، سوف يتلقون في نهاية المطاف أكثر مما كانوا سيتلقونه في حال تصفية الكيان المدين.

٢٦- وثمة عوامل إضافية تدعّم الأخذ بأسلوب إعادة التنظيم، منها أنّ الاقتصاد الحديث قد خفّض كثيرا من القدر الذي يمكن الوصول إليه في زيادة قيمة موجودات المدين من خلال التصفية. وعندما تكون الدراية التقنية والنوايا الطيبة أهمّ من الموجودات المادية فيما يخصّ تشغيل المنشأة، يمثل الحفاظ على الموارد البشرية والعلاقات التجارية عنصرين أساسيين في القيمة لا يمكن تسييلهما من خلال التصفية. كما إنّ المنفعة الاقتصادية الطويلة الأمد يُرجح أن تتحقق من خلال إجراءات إعادة التنظيم، لأنها تشجّع المدينين على اتخاذ تدبير ما قبل أن تصبح صعوباتهم المالية شديدة. وأخيرا، هناك اعتبارات اجتماعية وسياسية يخدمها وجود إجراءات إعادة تنظيم تحمي، مثلا، موظفي الكيان المدين المتعثر.

٢٧- وقد تتخذ إعادة التنظيم عددا من الأشكال المختلفة. فهي قد تشمل اتفاقا بسيطا بشأن الديون (يشار إليه باسم "التسوية التنظيمية") حيث يتفق الدائنون، مثلا، على تلقّي نسبة مئوية معيَّنة من الديون المستحقَّة لهم كوفاء كامل وتام ونهائي بمطالباتهم تجاه المدين. ومن ثم، تُقلَّص الديون ويصبح الكيان المدين موسرا ويستطيع مواصلة عمله التجاري. كما إنها قد تشمل إعادة تنظيم معقَّدة تنطوي، مثلا، على إعادة هيكلة الديون (مثلا، بتمديد مدة القرض والفترة التي يجوز خلالها السداد، أو إرجاء سداد الفائدة، أو تغيير هوية المقرضين)؛ ويجوز تحويل بعض الديون إلى أسهم مع تقليص الأسهم الراهنة (أو حتى محوها)؛ كما يجوز بيع الموجودات غير الأساسية؛ وكذلك إقفال الأنشطة التجارية غير المربحة. وعادة ما يكون اختيار الطريقة التي تجري بها إعادة التنظيم متوقفا على حجم المنشأة ودرجة التعقد التي يتسم بها الوضع الخاص للمدين.

٢٨- وبالرغم من أنّ إعادة التنظيم قد لا يتسنى إدراجها في قوانين الإعسار على نطاق واسع كما هو الحال فيما يتعلق بالتصفية، وأنّها لا تتبع بالتالي نمطا شائعا من ذلك القبيل، فإنّ هناك عدة عناصر رئيسية أو أساسية يمكن تحديدها، وهي:

(أ) خضوع المدين للإجراءات (سواء أحَصَلت بناء على طلبه هو أم بناء على طلب من الدائنين)، وهذا قد ينطوي أو لا ينطوي على رقابة أو إشراف قضائيَّين؛

(ب) الوقف أو التعليق الآلي والإلزامي للدعاوى والإجراءات المتخذة بشأن موجودات المدين والتي تمسّ جميع الدائنين، وذلك لفترة زمنية محدودة؛

(ج) مواصلة أعمال المدين، إما بالإدارة الموجودة وإما بمدير مستقل وإمّا بالطريقتين معا؛

(د) صوغ خطة تقترح الطريقة التي سيعامَل بها الدائنون وحائزو الأسهم والمدين ذاته؛

(هـ) نظر الدائنين في قبول الخطة وتصويتهم عليها؛

(و) احتمال لزوم موافقة المحكمة على الخطة المقبولة أو إقرارها؛

(ز) تنفيذ الخطة.

٢٩– وثمة قبول متزايد بمنافع إعادة التنظيم، وقد أصبح كثير من قوانين الإعسار يشتمل على أحكام بشأن إجراءات إعادة التنظيم الرسمية. لكنّ مدى التعويل على إجراءات إعادة التنظيم الرسمية، مقارنة بشكل ما من المفاوضات الطوعية، لأجل تحقيق أهداف إعادة التنظيم، يتفاوت فيما بين البلدان. ومن المسلّم به عموما على أية حال أنّ وجود التصفية في إطار قانون الإعسار يمكن أن ييسِّر إعادة تنظيم الكيان المدين بتوفيره حافزا للدائنين والمدين على التوصل إلى اتفاق مناسب من خلال خطة لإعادة التنظيم.

٣٠– غير أنّ هناك في كثير من الأحيان ترابطا بين درجة الضائقة المالية التي يشكو منها المدين ومدى تعقّد الترتيبات الخاصة بأعماله التجارية وصعوبة الحل المناسب. فعلى سبيل المثال، عندما يتعلق الأمر بمصرف دائن وحيد أو مؤسسة دائنة وحيدة أو بعدد صغير من المصارف أو المؤسسات الدائنة، يُرجَّح أن يكون في استطاعة المدين أن يتفاوض مع أولئك الدائنين على اتفاق إعادة هيكلة طوعية وأن يحلّ مشاكله المالية دون إشراك الدائنين التجاريين، ودون الحاجة إلى بدء إجراءات بمقتضى قانون الإعسار. أما إذا كان الوضع المالي أكثر تعقُّدا، وتطلَّب إشراك عدد كبير من الدائنين من فئات مختلفة، فقد يلزم توافر طابع رسمي أعلى درجة لإيجاد حلّ يعالج المصالح والأهداف المتباينة لهؤلاء الدائنين، لأنّ اتفاقات إعادة الهيكلة الطوعية تتطلب عموما إجماع الأطراف المشاركة لكي تكون ناجعة. وفي تلك الحالات، قد يساعد بدء إجراءات إعادة التنظيم بمقتضى قانون الإعسار على تحقيق الهدف المبتغى عندما تمكّن تلك الإجراءات من فرض خطة توافق عليها الأغلبية اللازمة من الدائنين على أقلية معارِضة من الدائنين. وهكذا، فإنّ الإجراءات التي تجري بمقتضى قانون الإعسار ناجعة في بعض الحالات لسبب بعينه هو أنّ ذلك القانون هو الذي ينظِّمها ويفرض بالتالي ضوابط القانون على المشاركين ويوفّر في الوقت ذاته حماية معيَّنة. وفي الحالات الأخرى،

تنجح المفاوضات الطوعية لأنها لا تخضع لضوابط وتتجنب حالات التأخر والتكاليف التي كثيرا ما تُلازم تلك الضوابط.

٣١- ونظرا لأنّ التوصّل إلى اتفاق من خلال مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية كثيرا ما يتعرقل، كما ذُكر سابقا، بسبب قدرة الدائنين على رفع دعاوى إنفاذ فردية وبسبب ضرورة الإجماع على القبول بتغيير شروط بعض فئات الديون الراهنة، فقد اعتمدت بعض الدول أنواعا مختلفة من الآليات، منها الإجراءات "السابقة للإعسار" أو "المُسبقة التجهيز"، لمعالجة تلك الحالات. وتتبع إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة التي ترد مناقشتها في هذا الدليل لمعالجة تلك الحالات إجراءات إعادة التنظيم، ولكن على أساس معجَّل، وهي تجمع بين مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية، التي تتفاوض فيها أغلبية الدائنين المعنيين على خطة ما وتتفق عليها، وإجراءات إعادة التنظيم التي تُبدأ في إطار قانون الإعسار من أجل الحصول على إقرار المحكمة للخطة بغية إلزام الدائنين المُعارضين بها. والغرض من تلك الإجراءات هو التقليل إلى أدنى حد من التكلفة والتأخر المقترنين بإجراءات إعادة التنظيم الرسمية، وفي الوقت ذاته إتاحة وسيلة يمكن بواسطتها الموافقة على خطة لإعادة الهيكلة كانت موضع مفاوضات طوعية بين المدين وبعض دائنيه أو كلهم في حال عدم إجماع أولئك الدائنين على تأييدها. وهي تمكِّن أيضا من استخدام الموافقة على خطة إعادة الهيكلة التي يُتوَصَّل إليها في المفاوضات الطوعية من أجل تحقيق إعادة التنظيم التي ستكون مُلزمة للدائنين، وتتيح في الوقت ذاته الحماية التي يوفِّرها قانون الإعسار للدائنين المتأثّرين. وترد مناقشة هذه الأنواع من الإجراءات بمزيد من التفصيل في الفقرات ٧٦-٩٤ من الفصل الرابع في الجزء الثاني.

٣٢- وثمة نهج مختلف ينص على أنه يجوز للمدين، تيسيرا لإبرام تسوية ودّية مع دائنيه، أن يطلب إلى المحكمة تعيين "موفّق". وليس للموفّق صلاحيات معيَّنة، ولكن يجوز له أن يطلب إلى المحكمة أن تفرض وقفا للتنفيذ على كل الدائنين، إذا رأى أن ذلك الوقف يمكن أن ييسر إبرام اتفاق تسوية. وأثناء فترة الوقف، لا يجوز للمدين أن يقوم بأي عمليات سداد وفاء لديون قائمة (باستثناء المرتبات) أو أن يتصرف في أي موجودات إلا في سياق العمل المعتاد. وينتهي الإجراء عندما يتم التوصل إلى اتفاق إما مع كل الدائنين أو (رهنا بموافقة المحكمة) مع الدائنين الرئيسيين؛ وفي الحالة الأخيرة، يجوز للمحكمة أن تواصل فرض الوقف على الدائنين غير المشاركين، بأن تتيح للمدين فترة سماح أقصاها سنتان.

٢- التصفية

٣٣- إنّ نوع الإجراءات الذي يشار إليه باسم "التصفية"، ينظِّمه قانون الإعسار وينص عموما على أن تتولى سلطة عمومية (هي في العادة، ولكن ليس بالضرورة، محكمة تعمل من خلال شخص يعيَّن لذلك الغرض) مهمة الإشراف على موجودات المدين بغية إنهاء نشاطه التجاري وتحويل الموجودات غير النقدية إلى شكل نقدي، ومن ثم توزيع عائدات بيع تلك الموجودات أو تسييلها بالتناسب على الدائنين. ومع أن التصفية تقضي عموما بأن تُباع الموجودات أو تُسيّل مجزَّأة وبأسرع صورة ممكنة، فإنّ بعض قوانين الإعسار يسمح بأن تشمل التصفية بيع المنشأة في وحدات منتجة أو كمنشأة عاملة؛ وثمة قوانين أخرى لا تسمح بذلك إلا في إطار إعادة التنظيم. وتُسفِر التصفية عادة عن حلّ أو زوال الكيان المدين الذي هو كيان اعتباري تجاري وإبراء ذمّة المدين الذي هو شخص طبيعي.

٣٤- وتنزع إجراءات التصفية في جميع أنحاء العالم إلى التشابه الشديد من حيث مفهومها وتقبلها وتطبيقها، وهي تتبع عادة نمطا يشمل ما يلي:

(أ) تقديم طلب إلى محكمة أو هيئة مختصة أخرى، إما من جانب المدين وإما من جانب الدائنين؛

(ب) صدور أمر أو حكم قضائي بتصفية الكيان المدين؛

(ج) تعيين شخص مستقل لتسيير عملية التصفية وإدارتها؛

(د) إقفال أنشطة المدين التجارية إذا تعذّر بيع منشأة المدين كمنشأة عاملة، وإنهاء صلاحيات مالكيها وإدارتها وعقود استخدام العاملين فيها؛

(هـ) بيع موجودات المدين أو تسييلها، إما مجزَّأة أو كمنشأة عاملة؛

(و) فصل المحكمة في مطالبات الدائنين؛

(ز) توزيع الأموال المتاحة على الدائنين (وفقا لشكل ما من ترتيب الأولويات)؛

(ح) حلّ الكيان المدين إذا كان شركة أو إذا كان له شكل شخصية اعتبارية، أو إبراء ذمة المدين إذا كان شخصية طبيعية.

٣٥- وهناك عدة مسوِّغات قانونية واقتصادية لعملية التصفية. إذ يمكن المحاجَّة بوجه عام بأن المنشأة التجارية العاجزة عن المنافسة في اقتصاد سوقي ينبغي إزالتها من السوق. ومن العلامات الرئيسية المميِّزة للمنشأة العاجزة عن المنافسة كونها تفي بأحد معايير الإعسار، بمعنى أنها عاجزة عن الوفاء بما عليها من الديون عندما تصبح مستحقة، أو أن ديونها تتجاوز موجوداتها. وبمزيد من التحديد، يمكن أن ينظر إلى الحاجة إلى إجراءات التصفية على أنها تعالج المشاكل فيما بين الدائنين (فعندما تكون موجودات المدين المعسر غير كافية للوفاء بمطالبات جميع الدائنين، من صالح الدائن نفسه أن يرفع دعوى لاسترداد قيمة مطالباته قبل أن يرفع الدائنون الآخرون دعاوى مماثلة)، وعلى أنها عامل تأديبي يمثل عنصرا أساسيا لعلاقة مستدامة بين المدين والدائنين. وإجراءات التصفية المنظَّمة والفعالة تعالج المشكلة القائمة بين الدائنين ببدء إجراء جماعي يسعى إلى تفادي تلك الدعاوى التي تفضي أساسا إلى خسارة في القيمة لكل الدائنين، وإن كان كل منهم ينظر إليها على أنها تخدم مصلحته الخاصة على الوجه الأفضل. ويهدف الإجراء الجماعي إلى معاملة الدائنين معاملة متكافئة، وذلك بمعاملة الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة معاملة متماثلة، وإلى زيادة قيمة موجودات المدين إلى أقصى حد لصالح الدائنين كافة. ويمكن تحقيق ذلك عادة بفرض وقف على قدرة الدائنين على إنفاذ حقوقهم الفردية تجاه المدين، وتعيين شخص مستقل يكون واجبه الأول زيادة قيمة موجودات المدين إلى أقصى حد من أجل توزيعها على الدائنين.

٣٦- ومن شأن وجود آلية منظَّمة وقابلة للتنبؤ نسبيا من أجل إنفاذ حقوق الدائنين الجماعية أن يوفّر أيضا للدائنين قدرا من إمكانية التنبؤ وقت اتخاذ قراراتهم الإقراضية، كما إنه يمكن، بوجه أعم، أن يعزِّز مصالح جميع المشاركين في الاقتصاد بتيسير توفير الائتمان وتطوير الأسواق المالية. وهذا لا يعني أن قانون الإعسار ينبغي أن يعمل كوسيلة لإنفاذ حقوق فرادى الدائنين، على الرغم من وجود علاقة واضحة ومهمة بين آليتي الإنفاذ والإعسار. فكفاءة وفعالية إجراءات إنفاذ حقوق فرادى الدائنين تعنيان أن الدائنين ليسوا مضطرين لاستخدام إجراءات الإعسار لذلك الغرض، خاصة وأن إجراءات الإعسار تتطلب في العادة قدرا من الإثبات والتكلفة والتعقّد الإجرائي يجعل استخدامها على هذا النحو غير مناسب. ومع ذلك، فمن شأن إجراءات الإعسار الفعالة أن تضمن للدَّائنين، في حال فشل آليات إنفاذ الديون، سبيلا إلى ملاذ أخير يمكن أن يمثِّل حافزا فعالا للمدين الحرون على السَّداد للدائن المعني.

دال– العمليات الإدارية

٣٧– في الأعوام الأخيرة، استحدث عدد من الولايات القضائية المتأثرة بالأزمات أشكالا "مهيكلة" شبه رسمية من عمليات الإعسار، مستلهمة في الغالب من المصارف الحكومية أو المركزية، من أجل معالجة مشاكل مالية نظامية داخل القطاع المصرفي. وقد استُحدثت هذه العمليات على نمط متشابه. فأولا، لكل واحدة منها هيئة ميسرِّة تتولى تشجيع العملية، كما تقوم جزئيا بتنسيقها وإدارتها، بغية توفير الحافز والدافع اللازمين لتطويرها. وثانيا، ترتكز كل عملية على اتفاق بين المصارف التجارية، يتفق فيه المشاركون على اتباع مجموعة من "القواعد" بخصوص الشركات المدينة التي عليها ديون لمصرف واحد أو أكثر والتي يجوز لها أن تشارك في العملية. وتنص القواعد على الإجراءات التي يتعيّن اتباعها والشروط التي يتعيّن فرضها في الحالات التي يُسعى فيها إلى إعادة تنظيم الشركة المعنية. وفي بعض الولايات القضائية، يُشترط على الشركة المدينة التي تسعى إلى التفاوض على إعادة تنظيم في إطار هذه العملية أن توافق على تطبيق تلك القواعد. وثالثا، ثمة مهل محدّدة لمختلف أجزاء العملية، ويمكن في بعض الحالات إحالة الاتفاقات المبرمة من حيث المبدأ إلى المحكمة المعنية لكي تبدأ إجراءات إعادة التنظيم بمقتضى قانون الإعسار. وإضافة إلى ذلك، أنشأت إحدى الولايات القضائية هيئة خاصة تتمتع بصلاحيات بالغة الاتساع في إطار التشريعات التي تحكمها، لأجل الحصول على قروض قاصرة الأداء من القطاع المصرفي والمالي، ثم فرض عمليات خارج نطاق القضاء على الشركة المدينة المقصرة، بما في ذلك إعادة تنظيمها قسرا أو إلزاما.

٣٨– وهذه العمليات لا يناقشها الدليل التشريعي لأنها معقّدة نسبيًّا وتنطوي على استحداث قواعد ولوائح خاصة، وكذلك لكونها تتناول حالات معيَّنة من الإخفاق النُظُمي.

ثالثا- الإطار المؤسسي

١- إنّ قانون الإعسار هو جزء من نظام قانوني تجاري عام، ويتوقف تطبيقه السليم إلى حد بعيد لا على وجود نظام قانوني تجاري مُحكم التطوير فحسب بل وكذلك على وجود إطار مؤسسي مُحكم التطوير لتنفيذ القانون. ولذلك، يلزم أن تكون الخيارات المأخوذ بها في صوغ قانون الإعسار أو إصلاحه مرتبطة ارتباطا وثيقا بقدرات المؤسسات القائمة. ولن يكون نظام الإعسار فعالا إلا إذا كانت لدى المحاكم والموظفين المسؤولين عن تنفيذه القدرات اللازمة لتوفير أكثر النتائج نجاعة وإنصافا وملاءمة من حيث التوقيت لأولئك الذين وُجد نظام للإعسار لمنفعتهم. وإذا لم تكن تلك القدرة المؤسسية موجودة أصلا، فمن المستصوب جدا أن يقترن إصلاح قانون الإعسار بإصلاح مؤسسي يوازن فيه بين تكاليف إنشاء وصون الإطار المؤسسي اللازم من جانب والمنافع المتأتية من توفير نظام كفؤ وفعال يحظى بثقة الناس من جانب آخر. ومع أن إجراء مناقشة تفصيلية للوسائل التي يمكن بها إنشاء هذه القدرة المؤسسية أو تعزيزها يخرج عن نطاق هذا الدليل التشريعي، فيمكن إبداء عدد من الملاحظات العامة.(١)

٢- ففي معظم الولايات القضائية، تتولى إدارة إجراءات الإعسار هيئةٌ قضائية، وكثيرا ما يكون ذلك من خلال محاكم تجارية أو محاكم ذات اختصاص عام، أو من خلال محاكم

---

(1) يعكف عدد من المنظمات الدولية حاليا على الاضطلاع بأعمال في مجال بناء القدرات المؤسسية. وتوفير دراسة استقصائية شاملة عن المؤسسات المشاركة في هذا النشاط أمر يتجاوز نطاق هذا الدليل التشريعي، ولكن يمكن ذكر بعض الأمثلة التالية: رابطة إنسول الدولية، التي تُعنى بتوفير التدريب والمساعدة التقنية للممارسين في مجال الإعسار والقضاة وواضعي اللوائح والمقرضين، من خلال المؤتمرات والتدريب المخصص والبحث التقني؛ ومصرف التنمية الآسيوي، الذي يقدّم المساعدة إلى الحكومات من أجل تعزيز أداء المؤسسات العمومية، وخاصة المحاكم والمؤسسات اللائحية ووزارات العدل، من خلال إنشاء مؤسسات تدريب قانوني، وإتاحة فرص الحصول على لوازم التدريب والبحث القانوني على الإنترنت؛ والبنك الدولي، الذي يسلِّم بأهمية المؤسسات المتينة في التنمية المستدامة، ويدعم البلدان الزبونة في جهودها الرامية إلى تعزيز القدرة المؤسسية من خلال طائفة واسعة من منتجات الإقراض والتقييم والمساعدة التقنية والمعرفة؛ وصندوق النقد الدولي، الذي يوفّر التدريب من جانب خبراء كما ينظم حلقات عمل وحلقات دراسية للسلطات في البلدان الأعضاء من أجل مساعدتها على تعزيز بنيتها التحتية القانونية والأداء المؤسسي للسلطة القضائية، كلما كانت تلك المسائل مناسبة من منظور الاقتصاد الشمولي. ويمكن الحصول على مزيد من المعلومات من المؤسسات المذكورة.

مختصة بالإفلاس في بعض الحالات. وتكون لدى القضاة أحيانا معارف ومسؤوليات متخصصة في مسائل الإعسار فحسب، بينما لا تشكّل هذه المسائل في حالات أخرى إلا واحدة من عدَّة مسؤوليات قضائية أوسع نطاقا. وفي قلّة من الولايات القضائية، تضطلع مؤسسات غير قضائية أو شبه قضائية بالدور الذي تضطلع به المحاكم في ولايات قضائية أخرى.

٣- وعند صوغ قانون الإعسار، قد يجدر النظر في مدى لزوم قيام المحاكم بالإشراف على الإجراءات وما إذا كان ممكنا أم غير ممكن أن يكون دورها محدودا فيما يتعلق بأجزاء مختلفة من الإجراءات أو أن يوازَن بدور مشاركين آخرين فيها، كالدائنين وممثل الإعسار. ولهذا الأمر أهمية خاصة عندما يقضي قانون الإعسار بأن يعجّل القضاة بالنظر في مسائل الإعسار الشائكة (التي كثيرا ما تشمل مسائل تجارية وأخرى تتعلق بإدارة الأعمال) وعندما تكون قدرة السلطة القضائية محدودة، سواء بسبب حجمها أو بسبب الافتقار العام إلى الموارد اللازمة في نظام المحاكم أو عدم وجود معارف وخبرات محدّدة في أنواع المسائل التي يُرجَّح أن تُصادف في مجال الإعسار.

٤- وبغية التخفيض من المهام المراد أن تضطلع بها المحكمة في إطار قانون الإعسار، ولكن مع توفير التوازنات اللازمة في مراكز النفوذ في الوقت ذاته، يمكن لقانون الإعسار أن ينيط مهام محدّدة بمشاركين آخرين، كممثل الإعسار والدائنين، أو بهيئة أخرى، كهيئة تنظيم الإعسار أو الشركة. ويمكن أن ينص قانون الإعسار على أن يكون ممثل الإعسار مخوَّلا باتخاذ قرارات بشأن عدد من المسائل، كالتحقق من المطالبات وقبولها والحاجة إلى تمويل لاحق لبدء الإجراءات وإعادة الموجودات المرهونة التي لا قيمة لها إلى الحوزة وبيع الموجودات الرئيسية وبدء إجراءات الإبطال ومعاملة العقود، دون أن تضطر المحكمة للتدخل إلاّ في حال نشوء نزاع حول إحدى هذه المسائل. ويتوقف استخدام هذا النهج على توافر مجموعة من المتخصصين الفنيين ذوي المؤهلات المناسبة لكي يتولوا مهام ممثلي الإعسار. ويمكن تخويل الدائنين أيضا إسداء المشورة إلى ممثل الإعسار أو الموافقة على قرارات معينة يتخذها، كالموافقة على بيع موجودات هامة أو الحصول على تمويل لاحق لبدء الإجراءات، دون أن تضطر المحكمة للتدخل إلاّ في حال نشوء نزاع. ويمكن لقانون الإعسار أن يحدّد القرارات التي تتطلب موافقة المحكمة، ومنها منح أولوية أعلى مرتبة من حقوق الدائنين المضمونين الموجودين من أجل تأمين تمويل لاحق لبدء الإجراءات.

٥- إنّ قدرة المحكمة على معالجة المسائل التجارية المعقدة أحيانا التي تنطوي عليها قضايا الإعسار كثيرا ما لا تكون مسألة معرفة وخبرة بممارسات قانونية وتجارية معينة فحسب، بل

تتعلق أيضا بكون تلك المعرفة والخبرة مواكبة للعصر ومحدّثة بانتظام. وبغية معالجة مسألة قدرة السلطة القضائية، من شأن التركيز بشكل خاص على تثقيف العاملين في المحاكم، لا القضاة فحسب بل الكتبة أيضا وغيرهم من إداريي المحاكم، وتدريبهم بشكل متواصل أن يساعد على قيام نظام إعسار قادر على التجاوب بشكل فعّال وكفؤ مع أعباء قضايا الإعسار الملقاة على عاتقه.

٦- وثمة اعتبار آخر يتعلق بقدرة المحكمة على الإشراف على قضايا الإعسار، هو التوازن القائم في قانون الإعسار بين المكوِّنات الإلزامية والاستنسابية. ومع أن العناصر الإلزامية، ومنها مثلا البدء الآلي للإجراءات أو التطبيق الآلي للوقف، قد توفّر للمدين والدائنين درجة عالية من التيقن وإمكانية التنبؤ، كما تحدُّ من المسائل التي تتطلب أن تنظر فيها المحاكم، فهي قد تفضي أيضا إلى الجمود في حال وجود عدد مفرط من هذه الأنواع من العناصر. أما النهج الاستنسابي فيتيح للمحكمة أن تقيّم الحقائق والظروف، مع مراعاة السوابق ومصالح المجتمع المحلي ومصالح الأشخاص المتأثرين بالقرار وظروف السوق. ومع ذلك، فقد يمثل ذلك النهج عبئا على المحكمة عندما لا تكون لديها المعرفة أو الخبرة اللازمة لتقييم تلك الاعتبارات أو الموارد اللازمة للاستجابة لها في الوقت المناسب. وعندما ينص قانون الإعسار على أن تقرّ المحكمة خطةَ إعادة التنظيم، على سبيل المثال، ليس من المستصوب أن يطلب من المحكمة إجراء تقييمات اقتصادية معقدة لجدوى الخطة أو استصوابها، بل أن تقصر نظرها على سير عملية الموافقة وعلى مسائل محدّدة أخرى وأن تعتمد على الدائنين الذين يتحلّون بالقدر الكافي من الفطنة التجارية في اتخاذ قرار مُطَّلع بشأن الموافقة على الخطة. وعندما يقضي قانون الإعسار بممارسة جهة متخذة للقرارات، كالمحكمة، صلاحية تقديرية ما، يفضّل أيضا إدراج إرشادات وافية بشأن الممارسة السليمة لتلك الصلاحية التقديرية، خصوصا عندما يتعلق الأمر بمسائل اقتصادية أو تجارية. وهذا النهج يتسق مع أحد الأهداف العامة وهو ضمان شفافية نظام الإعسار وإمكانية التنبؤ به.

٧- وربما يكون لكفاية البنية التحتية القانونية، ولا سيما الموارد المتاحة للمحاكم التي تعالج قضايا الإعسار، تأثير كبير في كفاءة تناول تلك القضايا وفي مقدار الوقت اللازم لإجراءات الإعسار. وقد يكون هذا الاعتبار هاما في تقرير ما إذا كان ينبغي لقانون الإعسار أن يفرض حدودا زمنية للاضطلاع بأجزاء معيَّنة من الإجراءات. فإذا كانت البنية التحتية للمحاكم عاجزة عن الاستجابة في الوقت المناسب لما يطلب منها، بحيث تكفل مراعاة الأطراف المعنيَّة الحدود الزمنية ومُضيَّ إجراءات الإعسار قُدُمًا على وجه السرعة، فإنّ إدراج هذه الأحكام في القانون لن يحقق الهدف المنشود المتمثل في إنشاء نظام فعّال وكفؤ بشأن

الإعسار. وللقواعد الإجرائية أيضا أهمية لدى النظر في القضايا، كما إنَّ من شأن وجود قواعد جيدة الإعداد أن يساعد المحاكم والمتخصصين الذين ينظرون في قضايا الإعسار على توفير استجابة فعّالة ومنظمة لحالة المدين الاقتصادية، مما يقلل من حالات التأخر التي قد تؤدي إلى تناقص قيمة موجودات المدين وتعيق فرص نجاح إجراءات الإعسار (سواء أكانت تصفية أم إعادة تنظيم). ومن شأن تلك القواعد أيضا أن تساعد على تحقيق قدر من إمكانية التنبؤ واتساق المعاملة من قضية إلى أخرى.

٨- ولا يعتمد تنفيذ نظام الإعسار على المحكمة فحسب، بل يعتمد أيضا على الفنيين المتخصصين المشاركين في إجراءات الإعسار، سواء أكانوا ممثلي إعسار أم مستشارين قانونيين أم محاسبين أم متخصصين في تحديد القيمة أم مستشارين فنيين آخرين. ومما قد يساعد على تطوير القدرات اعتماد معايير مهنية وتوفير التدريب. وقد يكون من المناسب تقدير ماهية وظائف الإعسار التي لها طابع عمومي حقا، ومن ثم ينبغي الاضطلاع بها في القطاع العام ضمانا لمستوى الثقة اللازم لجعل نظام الإعسار فعالا، وكذلك ماهية الوظائف التي يمكن الاضطلاع بها عن طريق توفير حوافز كافية للمشاركين من القطاع الخاص في إجراءات الإعسار. ومن ذلك مثلا وظيفة ممثل الإعسار.

الجزء الثاني

الأحكام الأساسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار

١- يركِّز الجزء الثاني من الدليل التشريعي على مضمون قانون الإعسار والعناصر الأساسية التي تعتبر ضرورية لكي يكون تسيير إجراءات الإعسار بموجب القانون ناجعا وفعّالا. والترتيب الذي يتناول به الدليل العناصر الأساسية يتوافق قدر الإمكان مع التسلسل المتّبع في إجراءات الإعسار.

٢- فالفصل الأول يحلّل معايير طلب الإجراءات وبدئها. أما الفصل الثاني فيعالج آثار بدء إجراءات الإعسار في المدين وموجوداته، بما في ذلك تشكيل حوزة الإعسار وحمايتها والمحافظة عليها، واستخدام الموجودات والتصرف فيها، والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات، ومعاملة العقود، وتطبيق أحكام الإبطال، وحقوق المقاصة، والعقود المالية، والمعاوضة. ويفحص الفصل الثالث دور كل من المدين وممثل الإعسار في إجراءات الإعسار، ومختلف واجباتهما ومهامهما، بالإضافة إلى الآليات اللازمة لتيسير مشاركة الدائن. وعلى الرغم من أن القضايا المتصلة بإعادة التنظيم تناقش في جميع أجزاء الدليل، فإنّ الفصل الرابع يتناول، بوجه خاص، القضايا المتعلقة باقتراح خطة إعادة التنظيم والموافقة عليها وبإجراءات إعادة التنظيم المعجَّلة. ويعالج الفصل الخامس شتى أنواع مطالبات الدائنين ومعاملتها، بالإضافة إلى تحديد الأولويات بشأن التوزيع. ويتناول الفصل السادس المسائل المتصلة بحسم إجراءات الإعسار، بما فيها إبراء الذمة والإقفال. أما مسائل الإعسار عبر الحدود فيتناولها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود ودليل اشتراعه (انظر المرفق الثالث).

أولا- طلب الإجراءات وبدؤها

ألف- الأهلية والولاية القضائية

١- الأهلية: المدينون الذين يتعيّن أن يشملهم قانون الإعسار

١- إنّ إحدى المسائل الأولى الهامة في صوغ قانون للإعسار يركّز على المدينين الذين يزاولون أنشطة اقتصادية[1] (سواء أكانت تستهدف الربح أم لا) هي تحديد المدينين الذين سيخضعون للقانون وتعريفهم بوضوح. فالمدين الذي يُستبعد من نطاق القانون لن يتمتع بأشكال الحماية التي يوفرها القانون ولن يخضع لنظامه. وهذا ما يؤيد اتباع نهج شامل في صوغ قانون للإعسار، مع استثناءات محدودة. ويثير صوغ أحكام الأهلية بشأن قانون الإعسار مسألتين أساسيتين. أمّا الأولى فهي مسألة ما إذا كان ينبغي أن يميز القانون بين المدين الذي يعتبر شخصا طبيعيا، والمدين الذي هو على شكل منشأة أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو شخصية اعتبارية أخرى، علما بأن كلا منهما سيثير اعتبارات سياساتية مختلفة، كما سيثير اعتبارات متعلقة بالمواقف الاجتماعية وغيرها من المواقف. وأمّا الثانية فهي مسألة أنواع المدينين الذين ينبغي استبعادهم من نطاق انطباق القانون، إن وُجدوا.

٢- وتعتمد الدول نُهُجاً مختلفة في تحديد نطاق انطباق قوانين الإعسار الخاصة بها. فبعضها لديه قوانين إعسار تنطبق على جميع المدينين مع استثناءات محدّدة، منها الاستثناءات التي ترد مناقشتها أدناه، في حين أن دولا أخرى تميز بين المدينين وفقا لما إذا كان المدين شخصا طبيعيا أو شخصا قانونيا أو اعتباريا، ولديها قوانين إعسار مختلفة لكل من هاتين الفئتين. وهناك نهج آخر يميز بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي على أساس مزاولته أنشطة اقتصادية (أو استهلاكية). ويتناول بعض هذه القوانين إعسار "التجار" الذين يعرَّفون استنادا إلى مزاولتهم أنشطة اقتصادية بصفتها مهنة عادية، أو الشركات التي تُنشَأ وفقا للقوانين التجارية والكيانات الأخرى التي تضطلع بأنشطة اقتصادية بصورة منتظمة. ويشتمل

(1) ينبغي تفسير تعبير "الأنشطة الاقتصادية" تفسيرا واسعا بحيث يشمل الأمور الناشئة عن جميع العلاقات التي تنطوي على نشاط اقتصادي، سواء التعاقدية أو غيرها. ويمكن أن تشمل هذه العلاقات، على سبيل المثال لا الحصر، المعاملات التجارية التالية: أي معاملة تجارية لتوريد أو تبادل بضائع أو خدمات؛ واتفاقات التوزيع؛ والتمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ والعوملة؛ والإيجار؛ وبناء الأشغال؛ والإستشارة؛ والهندسة؛ والترخيص؛ والاستثمار؛ والتمويل؛ والمعاملات المصرفية؛ والتأمين؛ واتفاقات الاستغلال أو الامتياز؛ والمشاريع التجارية المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري؛ ونقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا أو بالسكك الحديدية أو الطرق.

بعض القوانين أيضا على إجراءات مختلفة قائمة على مستويات المديونية، كما وضع عدد من الدول نظم إعسار خاصة بشأن قطاعات الاقتصاد المختلفة، ولا سيما القطاع الزراعي.

(أ) الأشخاص الطبيعيون الذين يزاولون أنشطة اقتصادية

٣- كثيرا ما تتكشّف السياسات المنطبقة على الدَّين والإعسار الفرديّين أو الشخصيّين عن مواقف ثقافية ليست لها صلة وثيقة بالمدينين الذين يزاولون نشاطا اقتصاديا. فهي قد تشمل، مثلا، المواقف المتّخذة إزاء تَكبُّد دَين شخصي؛ وتوفّر الإعفاء من الدَّين الذي لا يمكن تدبُّره؛ والأثر الاجتماعي الذي يُلحِقه الإفلاس بوضعية الأفراد؛ والحاجة إلى المشورة والمساعدة التثقيفية فيما يتعلق بالدَّين الفردي؛ وتوفير بداية جديدة للمدينين عن طريق إبراء الذمة (إعفاء المدين من المسؤولية عن جزء من ديون معيَّنة أو كلِّها بعد إقفال الإجراءات – انظر الفقرات ١-١٣ من الفصل السادس). وبالمقارنة، فإنّ السياسات المنطبقة على الإعسار في القطاع التجاري تقتصر بصورة عامة على الاعتبارات الاقتصادية والتجارية، ومنها مثلا الدور الهام الذي تقوم به المنشأة في الاقتصاد؛ والحاجة إلى صون وتشجيع النشاط الاقتصادي والتجاري؛ والحاجة إلى التشجيع على توفير الائتمانات وحماية الدائنين.

٤- وتختلف مصالح الأشخاص الطبيعيين الذين يزاولون نشاطا اقتصاديا (ومنهم، مثلا، الأفراد المنضمُّون إلى شراكات والتجار المنفردون) عن مصالح المدينين من المستهلكين، وذلك في بعض جوانب مديونياتهم على الأقل، ولكن، كثيرا ما يكون من الصعب فصل مديونية الفرد الشخصية عن مديونيته التجارية لأغراض تقرير أسلوب معالجتهما في سياق الإعسار. ويمكن استحداث اختبارات مختلفة لتيسير تقرير ذلك، كالتركيز على طبيعة النشاط الممارس ومستوى الدَّين والصلة بين الدَّين والنشاط الاقتصادي. ويمكن أن تشتمل مؤشرات المشاركة في النشاط الاقتصادي على ما إذا كانت المنشأة مسجلة بصفتها عملية تبادل تجاري أو بصفتها عملية تجارية أخرى؛ وعلى ما إذا كانت المنشأة شخصا اعتباريا من نوع معين بموجب القانون التجاري؛ وعلى طبيعة أنشطتها العادية؛ وعلى المعلومات المتعلقة بإجمالي المبيعات وبالموجودات والمسؤوليات المالية.

٥- وتُدرج دول عديدة ضمن نطاق قوانينها المتعلقة بالإعسار التجاري المدينين من الأشخاص الطبيعيين الذين يزاولون نشاطا اقتصاديا. وتشير خبرة دول أخرى إلى أنه، على الرغم من كون أنشطة المنشآت التي يُسيِّرها شخص طبيعي تشكل جزءا من النشاط الاقتصادي، كثيرا ما تعالج تلك الحالات على أفضل نحو في إطار نظام إعسار الأشخاص الطبيعيين لأن مالك المنشأة الشخصية سيزاول أنشطته في نهاية المطاف من خلال هيكل لا

يوفّر لـه أيّ حدود للمسؤولية، ويبقى مسؤولا شخصيا، بدون حدود، عن ديون المنشأة. وتثير هذه الحالات أيضا مسائل صعبة تتعلق بإبراء الذمة، بما في ذلك طول المدة التي يجب انقضاؤها قبل أن يتسنّى إبراء ذمة المدين والالتزامات التي يمكن إبراء ذمته منها أو استثناؤها من عملية إبراء الذمة. وكثيرا ما تكون الديون التي لا يمكن إبراء ذمة المدين منها منطوية على مسائل شخصية مثل التسويات في إجراءات الطلاق أو التزامات إعالة الأطفال.

٦- وهناك اعتبار آخر هو أن إخضاع الأشخاص الطبيعيين لنظام الإعسار التجاري قد ينطوي، في بعض الدول، على احتمال الثني عن استخدام النظام التجاري بسبب الموقف الاجتماعي إزاء الإعسار الشخصي أيّا كانت طبيعته. ومن المستصوب النظر في هذه الشواغل عند صوغ قانون يعالج الإعسار التجاري، مع مراعاة الطريقة المتبعة عموما في مزاولة النشاط الاقتصادي في دولة معيَّنة ووجود قوانين إعسار لمعاملة الشخص الطبيعي ومدى فعالية تلك القوانين. ففي العديد من الدول، مثلا، تقتصر مزاولة النشاط الاقتصادي على الأفراد تقريبا. ومن ثمّ، فإنّ استبعادهم من نطاق قانون الإعسار سيحد كثيرا من مفعول القانون وفعاليته. وفي دول أخرى، فإنّ إعسار الأشخاص الطبيعيين الذين يزاولون نشاطا اقتصاديا يعالجه بالتحديد قانون الإعسار الشخصي، ويُستبعَد هؤلاء الأشخاص من نطاق انطباق نظام الإعسار التجاري.

٧- ويُركِّز الدليل التشريعي على مزاولة الأنشطة الاقتصادية من قِبَل كل من الأشخاص الاعتباريين والطبيعيين بصرف النظر عن الهيكل القانوني الذي تُزاول من خلاله تلك الأنشطة وعمّا إذا كانت تُزاول لغرض الربح أم لا.[٢] وهو يحدّد المسائل التي ستتطلب أحكاما إضافية أو مختلفة إذا شمل قانون الإعسار المدينين من الأشخاص الطبيعيين.

(ب) المنشآت المملوكة للدولة

٨- يمكن أن ينطبق قانون الإعسار على جميع أنواع الكيانات المدينة التي تزاول أنشطة اقتصادية، سواء تلك التي تنتمي إلى القطاع الخاص أو تلك المملوكة للدولة، وخصوصا المنشآت المملوكة للدولة والتي تنافس في السوق بصفتها عمليات اقتصادية أو منشآت تجارية متميزة ولكنها، فيما عدا ذلك، تسعى إلى تحقيق المصالح التجارية والاقتصادية ذاتها التي تسعى إليها المنشآت التي يملكها القطاع الخاص. وليس القصد من المناقشة هنا أن تشمل

(2) يمكن أن تشمل هذه الأنشطة، مثلا، النشاط الاقتصادي الذي يُزاول لأغراض خيرية.

الدول والحكومات دون الوطنية والمجالس البلدية، وما إليها من أنواع المنظمات أو السلطات العمومية الأخرى، ما لم تكن منشآت مملوكة للدولة تعمل كمنشآت تجارية.

٩- ولا يجوز أن يمثّل امتلاك الحكومة للمنشأة، في حد ذاته، أساسا كافيا لاستبعاد المنشأة من نطاق قانون الإعسار، مع أن عددا من الدول يعتمد ذلك النهج. فعندما تقوم الدولة بأدوار مختلفة إزاء المنشأة، لا بدور المالك فحسب، وإنما أيضا بدور المقرض والدائن الأكبر، لن تنطبق الحوافز التجارية العادية، وقد يكون من الصعب التوصل إلى حلّ وسط، كما يوجد أساس واضح لنشوء تضارب في المصالح. ولذلك، فإنّ إدراج تلك المنشآت ضمن إطار نظام الإعسار ينطوي على مزايا تتمثل في إخضاعها لأحكام النظام، وإرسال إشارة واضحة بأن الدعم المالي الحكومي لتلك المنشآت لن يكون غير محدود، وتوفير إجراء ينطوي على إمكانية التقليل من تضارب المصالح إلى أدنى حد.

١٠- وقد تنشأ الحاجة إلى النص على استثناءات من السياسة العامة المتعلقة بإدراج تلك المنشآت التجارية ضمن قانون عام للإعسار، وذلك عندما تكون الحكومة قد اعتمدت سياسة تتمثل في توفير ضمانة صريحة بخصوص التزامات تلك المنشآت التجارية، إذا كانت معاملة منشآت الدولة تشكل جزءا من أي تغيير في السياسة الاقتصادية الكلية، كاعتماد برنامج خوصصة واسع النطاق، أو عندما تكون المنشآت المملوكة للدولة مشاركة في قطاعات حساسة من الاقتصاد مثل تقديم خدمات أو منافع أساسية (كالكهرباء والماء، مثلا). ففي هذه الحالات، قد يكون هناك ما يبرر صدور تشريعات مستقلة تعالج المسائل ذات الصلة، بما فيها الإعسار. ولا يتناول الدليل المسائل التي تخص تلك التشريعات المستقلة تحديدا.

(ج) المدينون الذين يتطلبون معاملة خاصة

١١- مع أنه قد يكون من المستصوب أن تتسع مظلّة الحماية والنظام في إطار قانون الإعسار حتى تشمل أكبر مجموعة ممكنة من المدينين، يجوز توفير معاملة منفصلة لكيانات معيّنة ذات طابع تخصصي، كالمؤسسات المصرفية ومؤسسات التأمين وشركات المنافع العمومية وسماسرة الأسهم أو السلع. وتتجسد الاستثناءات المتعلقة بهذه الأنواع من المدينين على نطاق واسع في قوانين الإعسار، وهي مبرّرة عادة استنادا إلى النظم القانونية الرقابية التفصيلية التي كثيرا ما تخضع لها هذه الأنشطة التجارية خارج سياق الإعسار. ولمعالجة إعسار هؤلاء المدينين يمكن أن تشتمل النظم الرقابية على أحكام خاصة بنوع المؤسسات التجارية المشمولة باللوائح الرقابية، أو يمكن إدراج قواعد خاصة في قانون الإعسار العام. أما

الاعتبارات الخاصة الناشئة عن إعسار هؤلاء المدينين وعن إعسار المستهلكين، فإنّ الدليل التشريعي لا يعالجها بالتحديد.

٢- الولاية القضائية

١٢- يجب أن تكون للمدين، بالإضافة إلى استيفائه الخصائص المؤسسية أو الاقتصادية، صلة كافية بالدولة لكي يكون خاضعا لقوانينها المتعلقة بالإعسار. وفي حالات كثيرة، لا تنشأ أي مسألة تتعلق بانطباق قانون الإعسار، إذ إن المدين من مواطني الدولة أو مقيم فيها ويزاول أنشطته الاقتصادية فيها من خلال كيان قانوني مسجَّل أو مُنشأ في تلك الدولة. ولكن، عندما يكون هناك شك في صلة المدين بالدولة، تعتمد قوانين الإعسار اختبارات مختلفة من بينها معرفة ما إذا كان مركز مصالح المدين الرئيسية موجودا في الدولة أو ما إذا كانت للمدين مؤسسة في الدولة أو ما إذا كانت له موجودات فيها.

(أ) مركز المصالح الرئيسية

١٣- مع أن بعض قوانين الإعسار يستخدم اختبارات مثل مكان العمل الرئيسي، فقد اعتمدت الأونسيترال، في القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، اختبار "مركز المصالح الرئيسية" للمدين لتحديد المكان الصحيح لبدء ما يعرف بمصطلح "الإجراءات الرئيسية" فيما يخص ذلك المدين. وذلك الاختبار مستخدم أيضا في لائحة المجلس الأوروبي رقم ٢٠٠٠/١٣٤٦ المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإعسار. ولا يعرّف قانون الأونسيترال النموذجي هذا المصطلح، بينما تشير لائحة المجلس الأوروبي (الحيثية ١٣) إلى أن المصطلح ينبغي أن يعني "المكان الذي يقوم فيه المدين بإدارة مصالحه بصورة منتظمة، وبذلك يمكن للأطراف الثالثة تحديده". والاختبار الملائم هو الاختبار المنصوص عليه في الفقرة (٣) من المادة ١٦ من قانون الأونسيترال النموذجي، وفي المادة ٣ من لائحة المجلس الأوروبي، حيث ورد فيهما: أن المكتب الرئيسي المسجل للمدين، أو محل الإقامة المعتاد في حالة المدين الفرد، يفترض أن يكون هو مركز مصالحه الرئيسية، ما لم يتّضح أنّ مركز مصالحه الرئيسية يقع في مكان آخر. وأي مدين يكون مركز مصالحه الرئيسية في إحدى الدول ينبغي أن يخضع لقانون الإعسار الساري في تلك الدولة.

١٤- ورغم اعتماد اختبار "مركز المصالح الرئيسية"، فإنّ المدين الذي لديه موجودات في أكثر من دولة قد يجد نفسه مستوفيا اشتراطات الخضوع لقانون الإعسار في أكثر من دولة بسبب اختلاف اختبارات أهلية المدين أو اختلاف تفسيرات الاختبار ذاته، مع ما ينتج عن

ذلك من إمكان وجود إجراءات إعسار منفصلة في تلك البلدان. ومن المناسب، في تلك الحالات، أن تكون هناك تشريعات تستند إلى قانون الأونسيترال النموذجي من أجل معالجة مسألتي التنسيق والتعاون. وفيما يتعلق بتطبيق اختبارات مختلفة، يركِّز القانون النموذجي على أوَّلية مركز المصالح الرئيسية والإجراءات الرئيسية، ولكنه يعترف بأن الاختبارات الأخرى، ومنها مثلا وجود الموجودات، يمكن استخدامها لبدء إجراءات محلية "غير رئيسية" لمعالجة الموجودات المحلية حالما يتم الاعتراف بالإجراءات الرئيسية الأجنبية.(٣)

(ب) المؤسسة

١٥- ينص بعض القوانين على أنه يجوز بدء إجراءات الإعسار في ولاية قضائية توجد فيها مؤسسة للمدين. وتتضمّن المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي تعريفا لمصطلح "المؤسسة" بأنه يعني "أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات". وتشتمل المادة ٢ من لائحة المجلس الأوروبي على تعريف مماثل، ولكنها تحذف الإشارة إلى "الخدمات". فالمؤسسة، من حيث الجوهر، هي مكان العمل، وليست بالضرورة مركز المصالح الرئيسية. والتعريف، شأنه شأن مصطلح "مركز المصالح الرئيسية"، مهم للهيكل العام لقانون الأونسيترال النموذجي ولمعالجته لحالات الإعسار عبر الحدود، بصفته معيارا للاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية وتطبيق تدابير للانتصاف. وفي العديد من البلدان، تقع على عاتق مديري المؤسسة العاجزة عن سداد ديونها مسؤولية شخصية تجاه الدائنين ما لم يبدأوا إجراءات الإعسار. ولذلك، فإنّ الأهلية لبدء الإجراءات على أساس المؤسسة لها صلة بنظام الإعسار الداخلي ومعاملة موجودات ذلك المدين في الدولة المعنيَّة.

١٦- وتنص لائحة المجلس الأوروبي كذلك على أنه يجوز فتح إجراءات إعسار في ولاية قضائية توجد فيها مؤسسة للمدين (يطلق عليها مصطلح "الإجراءات الثانوية"). وبصورة عامة، يقتصر انطباق تلك الإجراءات على إجراءات التصفية التي تشمل موجودات المدين الواقعة في إقليم تلك الدولة. واستنادا إلى طبيعة العمل التجاري الذي يزاوله المدين والموجودات المعنيَّة، قد تكون هناك حالات محدودة يمكن أن تتخذ فيها إجراءات إعادة التنظيم على أساس المؤسسة.

(3) المادة ٢٨ من قانون الأونسيترال النموذجي (انظر المرفق الثالث).

(ج) وجود الموجودات

١٧- ينص بعض قوانين الإعسار على أنه يجوز للمدين الذي توجد لديه، أو كانت لديه، موجودات داخل ولاية قضائية، أن يبدأ إجراءات إعسار، أو يجوز بدء تلك الإجراءات تجاهه، دون اشتراط وجود مؤسسة أو مركز مصالح رئيسية لذلك المدين في تلك الولاية القضائية. ولا ينص قانون الأونسيترال النموذجي على الاعتراف بالإجراءات الأجنبية التي تبدأ على أساس وجود الموجودات، وإن كان ينص على بدء إجراءات محلية استنادا إلى وجود الموجودات، في الدولة التي تعترف بالإجراءات الرئيسية الأجنبية بغية معالجة تلك الموجودات المحلية.[٤]

١٨- وربما يمكن التمييز بين إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم التي تبدأ على أساس وجود الموجودات؛ فعلى الرغم من أنَّ وجود الموجودات قد يكون أساسا ملائما لبدء إجراءات التصفية بشأن موجودات معيَّنة تقع في إحدى الدول، فإنّ ذلك قد لا يكون كافيا لبدء إجراءات إعادة التنظيم، خصوصا عندما تكون الإجراءات التي بدأت في مركز المصالح الرئيسية هي إجراءات تصفية أو عندما تكون الموجودات المعنيَّة محدودة. ومع أنَّ ترتيبات إحدى الدول تنص على أنَّ وجود الموجودات سيكون كافيا لبدء إجراءات إعادة التنظيم (وأنَّ تلك الإجراءات يمكن أن تشمل موجودات المدين أينما وجدت)، فإنّ هذا الخيار ليس منتشرا على نطاق واسع. وعند بدء إجراءات تجاه كيان مدين متعدِّد الجنسيات على أساس وجود الموجودات، ستكون هناك، بوجه عام، حاجة إلى تنسيق تلك الإجراءات مع الولايات القضائية الأخرى التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية وربما توجد فيها مؤسساته. ولذلك فإنّ اختبار وجود الموجودات قد يثير مسائل تتعلق بتعدد الولايات القضائية، بما في ذلك احتمال تعدد الإجراءات ومسائل التنسيق والتعاون بين الإجراءات التي يتناولها قانون الأونسيترال النموذجي.

(د) المحاكم المختصة

١٩- هناك مسألة إضافية من المسائل المتعلقة بالولاية القضائية تتمثل في تبيُّن المحكمة التي تكون مختصة ببدء إجراءات الإعسار وحلّ المسائل التي تنشأ أثناء سير تلك الإجراءات. وقد تكون مسألة بدء الإجراءات، وجميع المسائل اللاحقة التي تنشأ أثناء سير إجراءات الإعسار،

---

(4) المادة ٢٨ من قانون الأونسيترال النموذجي، والفقرات ١٨٤–١٨٧ من دليل الاشتراع (انظر المرفق الثالث).

من اختصاص المحكمة ذاتها في دولة ما، أو قد تكون المسائل المختلفة من اختصاص محاكم مختلفة. ومن أجل زيادة شفافية قانون الإعسار ويسر استعماله لمنفعة المدينين والدائنين والأطراف الثالثة (خصوصا عندما يكونون من بلد أجنبي)، ينبغي أن يبيّن القانون بوضوح المحاكم التي تتمتع بالولاية القضائية على المهام المختلفة مع تحديد تلك المهام بوضوح أيضا. وعلى الرغم من أنَّ الأحكام التي تحدّد المحاكم التي لها ولاية قضائية على إجراءات الإعسار قد لا تكون مدرجة دائما في قانون الإعسار، فقد يكون من المفيد أن تُدرَج فيه إشارة إلى أحكام القانون الآخر غير قانون الإعسار التي تحدّد المحاكم التي لها تلك الولاية القضائية.

التوصيات ٨-١٣

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالأهلية والولاية القضائية هو تحديد ما يلي:

(أ) أنواع المدينين الخاضعين لقانون الإعسار؛

(ب) أنواع المدينين الذين يجوز استبعادهم من قانون الإعسار؛

(ج) المدينين الذين لديهم صلة بالدولة المعنيَّة تكفي لإخضاعهم لقانون الإعسار؛

(د) المحاكم التي لها ولاية قضائية على بدء وسير إجراءات الإعسار.

مضمون الأحكام التشريعية

الأهلية (الفقرات ١-١١)

٨- ينبغي أن يحكم قانون الإعسار إجراءات الإعسار تجاه جميع المدينين الذين يزاولون أنشطة اقتصادية، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم أشخاصا اعتباريين، بما في ذلك المنشآت المملوكة للدولة،(٥) وسواء أكان أم لم يكن الغرض من مزاولة تلك الأنشطة هو تحقيق الربح.

---

(5) ليس القصد أن ينطبق هذا الدليل على إعسار الدول والحكومات دون الوطنية والمجالس البلدية وما شابهها من تنظيمات أخرى، إلا بقدر ما تكون تلك التنظيمات "منشآت مملوكة للدولة".

٩- ينبغي أن تكون الاستبعادات من نطاق انطباق قانون الإعسار محدودة ومبيَّنة بوضوح في قانون الإعسار.[٦]

الولاية القضائية (الفقرات ١٢-١٨)

١٠- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار المدينين الذين لهم صلة بالدولة تكفي لكي يخضعوا لقانونها بشأن الإعسار. ويجوز اتباع نُهُج مختلفة لتبين عوامل الصلة المناسبة، ولكنَّ الأسس التي يمكن أن يستند إليها إخضاع المدين لقانون الإعسار ينبغي أن تتضمّن ما يلي:[٧]

(أ) أن يكون مركز مصالح المدين الرئيسية في تلك الدولة؛ أو

(ب) أن تكون للمدين مؤسسة في تلك الدولة.

١١- ينبغي أن يُرسي قانون الإعسار افتراضا بأنَّ مركز مصالح الشخص الاعتباري الرئيسية هو في الدولة التي يوجد فيها مكتبه المسجّل، وأنَّ مركز مصالح الشخص الطبيعي الرئيسية هو في الدولة التي يوجد فيها مكان إقامته المعتاد، ما لم يثبت خلاف ذلك.

(6) قد تتطلب المنظمات الخاضعة لتنظيم رقابي رفيع المستوى، ومنها المصارف وشركات التأمين، معاملة متخصصة يمكن النص عليها على نحو مناسب في نظام إعسار منفصل أو من خلال أحكام خاصة في قانون الإعسار العام. و يمكن أن تُستَبعد أيضا من نطاق انطباق القانون بعض المنشآت المملوكة للدولة، ومنها تلك المشاركة في قطاعات حساسة من الاقتصاد.

(7) القصد من هذه التوصية هو الإشارة إلى الحد الأدنى وغير الحصري من الأسس لبدء إجراءات الإعسار. وثمة أسس أخرى، مثل وجود الموجودات، تستخدم في بعض الولايات القضائية، ولكن لا يوصَى بها: انظر الفقرتين ١٧ و١٨ أعلاه، والفقرات ١٨٤-١٨٧ من دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث).

١٢- ينبغي أن يعرّف قانون الإعسار عبارة "المؤسسة" بأنها تعني "أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات".(٨)

المحاكم المختصّة (الفقرة ١٩)

١٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار بوضوح (أو أن يشير إلى القانون ذي الصلة الذي يحدّد) المحاكم التي لها ولاية قضائية على بدء إجراءات الإعسار وسيرها، بما في ذلك المسائل الناشئة أثناء سير تلك الإجراءات.

باء- بدء الإجراءات

١- مقدّمة

٢٠- إنّ المعيار الذي ينبغي استيفاؤه من أجل بدء إجراءات الإعسار أساسي لصوغ قانون للإعسار. فهذا المعيار، بصفته الأساس الذي يمكن الاستناد إليه من أجل بدء إجراءات الإعسار، يمثِّل وسيلة مهمة لتحديد المدينين الذين يمكن أن تشملهم آليات قانون الإعسار الحمائية والجزائية، وتحديد من يجوز له طلب بدء الإجراءات، أي ما إذا كان هو المدين أم الدائنين أم أطرافا أخرى.

٢١- ومن المستصوب، كمبدأ عام، أن يكون معيار بدء الإجراءات شفَّافا ومؤكدا، حتى ييسّر اللجوء إلى إجراءات الإعسار على نحو مريح وناجع التكلفة وسريع بغية تشجيع المنشآت المعوزة مالياً أو المعسِرة على بدء الإجراءات طوعا. ومن المستصوب أيضا تيسير الاستخدام المرن لنوعي إجراءات الإعسار المتاحين (إعادة التنظيم والتصفية)، وسهولة اللجوء إلى نوع الإجراءات الأنسب لمدين بعينه، وإتاحة إمكانية التحوّل من نوع إلى آخر من نوعي الإجراءات المختلفين. فتقييد سبل اللجوء إلى الإجراءات يمكن أن يثني المدينين والدائنين على السواء عن بدء إجراءات الإعسار، علما بأن التأخُّر يمكن أن يُضرّ بقيمة الموجودات وبإكمال إجراءات الإعسار بنجاح، خصوصا في حالات إعادة التنظيم. وثمة حاجة إلى إقامة توازن بين سهولة اللجوء إلى الإجراءات وتوفير ضمانات وقائية مناسبة

(8) الفقرة (و) من المادة ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي (انظر المرفق الثالث).

وكافية لمنع إساءة استعمالها. ويمكن أن يُذكَر من بين الأمثلة على إساءة استعمال الإجراءات الحالة التي يقوم فيها مدين لا يعاني من ضائقة مالية بتقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار بغية الاستفادة من مزايا الحماية التي يوفِّرها قانون الإعسار، ومنها الوقف الآلي، أو بغية تفادي السداد للدائنين أوتأخيره؛ وكذلك الحالة التي يقوم فيها الدائنون، الذين هم متنافسون مع المدين، بتقديم طلب يكون الغرض منه انتهاز إجراءات الإعسار لعرقلة أعمال المدين حتى تصبح لهم ميزة تنافسية عليه.(٩)

٢٢- وتختلف القوانين حول المعيار المحدّد الذي يجب استيفاؤه قبل إمكان بدء إجراءات الإعسار. وتشتمل عدة قوانين على معايير بديلة وتُميِّز بين المعيار المنطبق على بدء كل من إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم، كما تميِّز بين الطلبات التي يُقدِّمها المدين والطلبات التي يقدمها الدائن أو الدائنون.

٢- معايير البدء

(أ) اختبار السيولة أو التدفق النقدي أو التوقُّف العام عن السداد

٢٣- ثمة معيار يستخدَم على نطاق واسع بشأن بدء إجراءات الإعسار ويُعرَف بأسماء مختلفة هي اختبار السيولة أو التدفق النقدي أو التوقف العام عن السداد. ويقتضي ذلك أن يكون المدين قد توقَّف عموما عن سداد ديونه ولن يتوفّر لديه تدفق نقدي كاف يمكِّنه من الوفاء بالتزاماته القائمة عندما تصبح مستحقة في سياق العمل المعتاد. ويمكن أن تشمل مؤشرات التوقف العام عن السداد من قِبل المدين عدم دفعه للإيجار والضرائب والرواتب واستحقاقات الموظفين والحسابات التجارية المستحقة وغيرها من نفقات العمل الأساسية. وبذلك، يضع هذا الاختبار العوامل المحدّدة في متناول الدائنين. ويهدف الاعتماد على هذا الاختبار إلى تفعيل إجراءات الإعسار في وقت مبكِّر بصورة كافية من فترة عوز المدين مالياً بغية التقليل إلى أدنى حد من تبديد الموجودات وتجنُّب تسابق الدائنين على الإستيلاء عليها، مما يؤدي إلى تفكيك الكيان المدين، وهذا يُلحق الضرر بالدائنين كافة. فعدم السماح ببدء الإجراءات إلا عندما يكون المدين في وضع يمكِّنه من إثبات إعسار الميزانية العامة (عندما يُظهِر كشف ميزانية المدين العامة أن قيمة مسؤولياته المالية تتجاوز قيمة موجوداته، مثلما هو مناقش أدناه) قد لا يؤدي إلا إلى تأخير إجراء لا بد منه وإلى تقليل المستردات.

---

(9) يرد مزيد من المناقشة لهذا الأمر في سياق رفض طلب بدء الإجراءات وإلغائها، انظر الفقرات ٦١-٦٣ و٧٩ أدناه.

٢٤- وهناك مسألة ترتبط باختبار التوقف العام عن السداد ويجب النظر فيها وهي أنَّ عجز المدين عن سداد ديونه عندما تصبح مستحقة قد لا يدل إلا على مشكلة تدفق نقدي مؤقتة أو مشكلة سيولة مؤقتة في منشأة قادرة على الاستمرار في غير هذه الحالة. وفي الأسواق المتنافسة القائمة اليوم، قد ترغم المنافسة الأطراف المشاركة في السوق على القبول بأرباح متناقصة، أو حتى القبول بخسائر، بصورة مؤقتة لكي تصبح قادرة على التنافس وتكسب حصة في السوق أو تحافظ على حصتها فيها. وعلى الرغم من أن المسألة تخص واقع كل حالة على حدة، فإنّ من المستصوب أن يوفّر قانون الإعسار إرشادات للمحكمة بشأن تحديد ما إذا كان معيار البدء قد استوفي أم لا بغية تفادي التوصل إلى استنتاج سابق لأوانه بحصول الإعسار.

(ب) اختبار الميزانية العامة

٢٥- هناك بديل لمعيار التوقف العام عن السداد هو اختبار الميزانية العامة القائم على اعتبار تجاوز الالتزامات المالية للموجودات مؤشرا للعوز المالي. وبما أن اختبار الميزانية العامة يعتمد على معلومات خاضعة لسيطرة المدين، فإنّ أحد التقييدات العملية لاختبار الميزانية يتمثل في أنه نادرا ما يكون في وسع الأطراف الأخرى التأكّد من الحالة الفعلية لشؤون المدين المالية إلا بعد ما تصبح ضائقته حقيقة ثابتة ويستحيل نقضها في كثير من الأحيان. وبالتالي، قد لا يشكّل هذا الاختبار بسهولة الأساس لطلب الدائن. وهو، علاوة على ذلك، قد يعطي مؤشرا مضللا فيما يخص وضع المدين المالي لأنه يركّز على ما يُعتبر في المقام الأول مسألة محاسبية بشأن الطريقة التي ينبغي أن تُقَيَّم بها الموجودات (مثلا قيمة التصفية في مقابل قيمة منشأة عاملة). وهو يثير أيضا أسئلة عما إذا كان يمكن الوثوق في ميزانية المدين العامة وعما إذا كانت تلك الميزانية العامة تعطي مؤشرا حقيقيا لقدرة المدين على السداد، خاصة عندما تسفر المعايير المحاسبية وتقنيات التقييم عن نتائج لا تعبر عن القيمة السوقية العادلة[١٠] لموجودات المدين أو عندما لا تكون الأسواق متطورة أو مستقرة بدرجة تكفي للتمكُّن من

(10) تعتبر القيمة السوقية العادلة عموما القيمة التي يمكن بشكل معقول توقُّع الحصول عليها في عملية بيع مباشرة بين مشتر وبائع حيث لا يكون أي من الطرفين مكرها على الشراء أو البيع. وفي غياب عملية بيع فعلية، فإنّ القيمة ربما تتسم بطابع المضاربة إلى حد ما لأن القيم تستند إلى افتراضات موضوعة بشأن شروط بيع الموجودات المذكورة. وبغية الحد من المضاربات، استُحدثت تقنيات لتقريب مقدار القيمة استنادا إلى بيع منشآت تجارية وموجودات مُشابهة أو على أساس مضاعف للأرباح التي يمكن أن تحققها المنشآت. أما في الأسواق التي يتعذر فيها بيع الموجودات بسهولة نتيجة لتشبّع السوق أو بسبب عدم وجود سوق للموجودات المذكورة، فيصعب تحديد مقدار القيمة.

تحديد تلك القيمة. وقد يكون هذا صحيحا بشكل خاص في حال منشآت الخدمات التي قد تكون معسرة تقنيا طبقا لهذا الاختبار بسبب انعدام الموجودات، حتى عندما تكون المنشأة ديومة أساسا، وإلا يمكن أن تكون للمنشأة ميزانية عامة إيجابية بدون التدفق النقدي اللازم لدعم عملياتها.

٢٦- وقد يُفضي هذا الإختبار أيضا إلى تأخير وإلى صعوبات في توفير الأدلة، حيث إنَّ الأمر يتطلب عامة الإستعانة بخبير لمراجعة الدفاتر والسجلات والبيانات المالية(١١) من أجل التوصُّل إلى تحديد القيمة السوقية العادلة للمنشأة. وسيكون هذا الأمر صعبا بشكل خاص عندما لا تكون السجلات ممسَكة بشكل سليم أو متاحة بسهولة. ولهذه الأسباب فإنّ اختبار الميزانية العامة كثيرا ما يؤدي إلى بدء الإجراءات بعد أن تكون إمكانيات إعادة التنظيم قد تبدَّدت، ويمكن أن يؤثر سلبا في قدرة المدين على التعامل بصورة جماعية مع دائنيه عندما يحتفظ بمنشأة عاملة، معرقلا بذلك بلوغ الهدف المتمثّل في زيادة القيمة إلى أقصى حد. ومن ثمّ، قد لا يكون هذا الاختبار موثوقا بما فيه الكفاية لكي يشكّل الأساس الوحيد لتحديد الإعسار، وقد يكون من المستصوب استخدامه مقترنا باختبار التوقف عن السداد. فاختبار الميزانية العامة، عندما يستخدم على هذا النحو، يمكن أن يساعد على تحديد الإعسار بالتركيز على ما إذا كانت الموجودات كافية للوفاء بالتزامات المدين المالية، بما فيها الالتزامات التي لم تصبح مستحقة بعد، وذلك بغض النظر عن قيمتها التقديرية.

(ج) صوغ معيار البدء

٢٧- تجمع قوانين الإعسار بين اختبار التوقُّف العام عن السداد واختبار الميزانية العامة بأشكال مختلفة لتحديد معيار بدء الإجراءات. وتعتمد بعض القوانين شكلا مبسَّطا لاختبار التوقُّف العام عن السَّداد، وذلك باشتراط أن يكون المدين عاجزا عن الوفاء بالتزاماته عند

---

(11) القيمة الدفترية للموجودات تمثل المقدار الذي تعرض به الموجودات لأغراض المحاسبة. وهي تُشتَقُّ عادة من قيمة حيازتها الأصلية، التي تتم تسويتها بغية تحقيق توليفة من العوامل تشمل خفض القيمة والاستهلاك وإعادة تقدير القيمة على أساس أي سعر سوقي أدنى في الوقت الراهن، أو إعادة تقدير القيمة برفعها أحيانا وفقا لمبادئ المحاسبة. وعلى الرغم من أنَّ هيئة معايير المحاسبة الدولية أصدرت المعايير الدولية لإعداد التقارير المالية، فإنّ من المهم الإشارة إلى أنه لا توجد مبادئ توجيهية للمحاسبة متفق عليها عالميا تملي الأساس الذي ينبغي الإستناد إليه في تقييم الموجودات لأغراض المحاسبة. وفضلا عن ذلك، فإنّ قيمة الموجودات الدفترية لأغراض المحاسبة الإدارية قد لا تكون مطابقة للقيم التي أدرجت بها الموجودات ذاتها في الكشوف المالية المراجعة في نهاية السنة. والنتيجة هي أن قيم الموجودات الدفترية قد تمتُّ قليلا، أو قد لا تمتُّ أبدا، بصلة للمقادير التي يمكن تحقيقها منها لإرضاء الدائنين.

استحقاقها. وهناك قوانين أخرى تعتمد ذلك الاختبار ولكنها تضيف إليه شروطا أخرى كوجوب أن يجسد التوقف عن السداد، على سبيل المثال، حالة مالية صعبة غير مؤقتة ووجوب أن تكون الجدارة الائتمانية للمدين مهددة وأن يكون من العدل والإنصاف تصفية الكيان المدين. وكلما ازداد عدد المتطلبات المضافة إلى معيار بدء الإجراءات، ازدادت صعوبة تلبيتها، لا سيما عندما تكون العناصر المضافة ذاتية. وقد يؤدي هذا إلى الطعن في طلبات بدء إجراءات الإعسار، مسبِّبا تأخيرا وعدم يقين ونفقات إضافية. وعلى العكس من ذلك فإنّ الاختبارات البسيطة والمباشرة نسبيا قد تجنح إلى أن تشمل قضايا أكثر، ولكن هذا يمكن أن تقابله السهولة المتزايدة التي تتميز بها الطلبات والتي تنتج عن هذه الاختبارات.

٢٨– وثمة نهج آخر يجمع بين اختبار التوقُّف العام عن السداد واختبار الميزانية العامة. ومن أمثلة هذا النهج أن يشترط، علاوة على توقف المدين عن السداد، أن يكون المدين مثقلا بالديون، حيث تحدَّد هذه الحالة، مثلا، بعجز المدين عن الوفاء بديونه المستحقة لأنَّ التزاماته المالية تفوق موجوداته. والنَّهج الذي يجمع بين الاختبارين يمكن أن يدعم بدء الإجراءات في حالة الافتقار إلى المعلومات فيما يتعلق بوجود تقصير عام وأن يوفّر صورة أكمل عن حالة المدين المالية الراهنة والمتوقعة. فاختبار الميزانية قد ييسر، مثلا، النظر في الدين غير المستحق، الذي لا ينظر فيه عادة في إطار اختبار التوقُّف عن السداد، والذي له مع ذلك صلة وثيقة جدا باحتمال نجاح إعادة التنظيم مثلا.

٢٩– ويجوز أن يعتمد قانون الإعسار معيارا وحيدا بشأن الإعسار؛ وفي هذه الحالة يوفّر اختبار التوقُّف عن السداد وسيلة فعالة تحفز على اللجوء إلى إجراءات الإعسار. أما اختبار الميزانية العامة فهو يشكو، كما لوحظ أعلاه، من عدد من المثالب ولا ينبغي استخدامه كاختبار وحيد. ويجوز أيضا أن يعتمد قانون الإعسار معيارا يشتمل على كل من اختبار التوقُّف عن السداد واختبار الميزانية العامة. وعندما يُتَّبع هذا النهج، يمكن بدء الإجراءات إذا تسنّى استيفاء أي من الاختبارين.

'١' الإعسار الوشيك (احتمال انعدام السيولة)

٣٠– بعض القوانين التي تعتمد اختبار التوقُّف عن السداد وحده تتضمّن أيضا حكما يجيز للمدين طلب بدء الإجراءات بالاستناد إلى وشك الإعسار أو احتمال العجز عن السداد، عندما يتعذّر على المدين الوفاء بالتزاماته المستقبلية عندما تصبح مستحقة. وفي حين أن العجز المتوقع قد يكون متعلقا، في بعض الحالات، بفترة قصيرة مقبلة، فإنّه قد تكون هناك حالات تتعلق بفترة زمنية أطول بكثير، وذلك تبعا لطبيعة الالتزام المطلوب الوفاء به. وقد تشمل

الظروف الوقائعية التي قد تؤكد العجز المحتمل وجود التزام طويل الأجل على عاتق المدين بشأن سداد قيمة سندات هو على علم بعدم قدرته على الوفاء بها، أو وجود مطالبة مضارة شاملة مرفوعة عليه وعلمه بعدم مقدرته على الدفاع فيها بنجاح وبأنه سيكون عاجزا عن دفع تعويض عن الأضرار المرتبطة بذلك.

'٢' أنواع الإجراءات التي يجوز بدؤها

٣١- ثمة بُعد ثان لمعيار بدء الإجراءات هو نوع الإجراءات التي يمكن بدؤها (انظر عموما الفصل الثاني في الجزء الأول). ففي بعض القوانين، يوفّر معيار البدء الأساسَ اللازم لبدء أيّ من إجراءات التصفية أو إجراءات إعادة التنظيم. فعندما يقدّم الدائن طلب بشأن التصفية، يجوز أن يسمح قانون الإعسار للمدين بطلب تحويل الإجراءات من التصفية إلى إعادة التنظيم. وفي قوانين إعسار أخرى تفضّل إجراءات إعادة التنظيم، ولا بد من بدء إجراءات إعادة التنظيم، ولكن يمكن تحويلها إلى إجراءات تصفية عندما تقام الأدلة على تعذُّر إعادة تنظيم الكيان المدين. وفي إطار نهج آخر يكون مفعول طلب بدء الإجراءات محايدا، ومن ثمّ لا يستقرّ الاختيار على إعادة التنظيم أو على التصفية إلا بعد انقضاء فترة تتيح إمكانية تقييم وضع المدين المالي.

٣- التصفية

(أ) الأشخاص المسموح لهم بطلب الإجراءات

٣٢- تسمح قوانين الإعسار عموما، فيما يتعلق بطلب إجراءات التصفية، بأن يطلبها المدين أو دائن واحد أو أكثر أو سلطة حكومية، أو بأن تتم الإجراءات بإعمال القانون، عندما يشكّل عدم وفاء المدين ببعض المتطلبات القانونية (كالحفاظ على مستوى محدّد من الموجودات) حافزا آليا على استخدام إجراءات الإعسار.

(ب) الطلب المقدَّم من المدين

٣٣- يعتمد كثير من قوانين الإعسار اختبار التوقُّف العام عن السداد في حال تقديم المدين طلبا من أجل التصفية. وبما أنَّ الطلب المقدَّم من المدين لبدء إجراءات التصفية هو بوجه عام، في الممارسة، الملاذ الأخير في حالات الضائقة المالية الشديدة، فإنّ بعض القوانين يسمح للمدين بتقديم طلب إمّا على أساس توقفه عن دفع ديونه التي أصبحت مستحقة أو، كبديل

عن ذلك، استنادا إلى بيان بسيط لوضعه المالي، يفيد مثلا بأنه عاجز عن دفع ديونه أو أنه لا ينوي سدادها (هذا البيان يصدره المديرون أو أعضاء آخرون في الهيئة الادارية للكيان المدين، إذا كان المدين شخصية اعتبارية). وهناك قانون إعسار واحد على الأقل يستغني عن الحاجة إلى أن يدَّعيَ المدين أيَّ حالة مالية معيَّنة. وفي هذه الحالات، وأيّا كان عبء الإثبات الموضوع على عاتق المدين، ينبغي لقانون الإعسار أن يميِّز بين الأوضاع التي يمكن فيها افتراض قبول البيان المتعلّق بوضع المدين المالي، شريطة ألاّ يثير الدائنون أيّ اعتراضات، من جهة، والأوضاع التي ينبغي فيها مساءلة المدين فيما يتعلق بظروفه المالية نظرا لوجود شك ما في وضعه المالي، أو لأنّ الدائنين أثاروا اعتراضات على بدء الإجراءات، من جهة أخرى، كما ينبغي أن ينصّ قانون الإعسار على كلتا الحالتين.

٣٤– ويمكن، إلى حد ما، تناول هذه المسائل بواسطة الإجراء المتبع لبدء الإجراءات. فعندما يقتضي الأمر أن تُصدر المحكمة قرارا ببدء الإجراءات، مثلا، تتاح للمحكمة الفرصة لاستعراض الطلب، ويمكن للدائنين أن يعربوا عن اعتراضاتهم في تلك الجلسة. وعندما يكون من وظائف الطلب بدء الإجراءات آليا، تتاح الفرصة، مع ذلك، للدائنين وغيرهم من الأطراف ذات المصلحة للإعراب عن اعتراضاتهم، ولو بعد بدء الإجراءات (انظر الفقرات ٥٥–٥٨، بشأن قرار البدء؛ والفقرات ٦١–٦٣، بشأن رفض طلب بدء الإجراءات؛ والفقرة ٧٩، بشأن إلغاء الإجراءات، أدناه). وفي الحالتين، يمكن استعراض المحاولات الرامية إلى إساءة استخدام إجراء تقديم الطلب.

'١' إرساء التزام المدين بتقديم طلب

٣٥– هناك مسألة تتصل بالطلبات المقدَّمة من المدين وهي ما إذا كان ينبغي أم لا ينبغي إلزام المدين بتقديم طلب لبدء الإجراءات في مرحلة معيَّنة من مراحل ضائقته المالية. وليس هناك نهج مُتَّفق عليه بشكل واسع إزاء هذه المسألة. فبعض قوانين الإعسار أو القوانين المنظمة للأعمال التجارية يتضمّن أحكاما تشترط أن يقدّم المدين طلبا في غضون فترة زمنية محدّدة (تتراوح بين أسبوعين و٦٠ يوما) بعد عجزه عن دفع ديونه بعد أن أصبحت مستحقة أو بعد علمه بمديونيته المفرطة التي تُحدّد بالرجوع إلى كشف ميزانيته العامة. وتبيّن بعض القوانين الطريقة التي يتقرّر بها التوقُّف عن السداد وهي يمكن أن تتضمّن، على سبيل المثال، الرجوع إلى السجلات المصرفية التي تُبين عدم سداد المدين نسبة مئوية معيَّنة من إجمالي ديونه لفترة زمنية معيَّنة، تُحدّد بشهرين مثلا. ففي حالة التصفية، يمكن أن يؤدي فرض هذا الواجب إلى حماية مصالح الدائنين عن طريق الحيلولة دون زيادة تبديد موجودات المدين؛ أمّا في حالة

إعادة التنظيم، فهو يمكن أن يؤدي إلى زيادة فرص النجاح عن طريق التشجيع على اتخاذ إجراء مبكر. وقد يكون ذلك مهمّا في البلدان التي لا توجد فيها فئة ناشطة من الدائنين يمكن الاعتماد عليها في بدء الإجراءات. غير أنَّ التجربة التي مرّت بها بعض البلدان توحي بأنَّ فرض التزام على المدين بتقديم طلب بدء الإجراءات بعد عدد معيَّن من الأيام أو الأسابيع من حدوث العجز عن الدفع أو التوقف عنه يؤدي ببساطة إلى تقديم المدين طلبات لا تعبِّر عن حالة الإعسار الحقيقية (وبالتالي عن وجود حاجة فعلية إلى التصفية أو إعادة التنظيم). وفي بعض البلدان، تسبب فرض ذلك الالتزام في إجهاد إضافي للبنية الأساسية للإعسار التي ربما لم تتطور بدرجة كافية لمعالجة عدد كبير من هذه الطلبات بعد فرض هذا الالتزام.

٣٦- وقد يثير إرساء هذا الالتزام أيضا أسئلة عملية صعبة بشأن كيفية ووقت تطبيقه، خصوصا عندما يحتمل أن يؤدي التأخر في طلب الإجراءات الرسمية إلى مسؤولية شخصية تقع على أعضاء الشركة المدينة أو هيئتها الإدارية أو مديريها. ففي تلك الظروف، قد يثني هذا الالتزام المدين عن السعي إلى العثور على حلول بديلة لضائقته المالية، كاتفاق إعادة الهيكلة الطوعي، وهو ما قد يكون بديلا أنسب في حالات معينة.[١٢] وإضافة إلى ذلك، لن يكون لالتزام تقديم الطلب مفعول ما لم يقترن بعقوبات قابلة للإنفاذ (ونافذة) على عدم الامتثال لذلك. وقد يكون اعتماد حوافز (مثل تطبيق الوقف بغية حماية المدين من الإنفاذ وغير ذلك من الإجراءات - انظر عموما الفقرات ٢٥-٧٣ من الفصل الثاني) وسيلة أنجع لتشجيع المدين على استهلال الإجراءات في مرحلة مبكّرة بدلا من فرض عقوبات في حال عدم الامتثال لالتزام تقديم طلب.

(ج) الطلب المقدّم من الدائن

٣٧- تعتمد قوانين إعسار كثيرة أيضا اشتراط التوقُّف عن السداد فيما يتعلق بطلبات الدائن بشأن تصفية الكيان المدين، مع اشتراط إضافي في كثير من الأحيان بأن يكون جزء كبير من الدين غير متنازع عليه وخاليا من المقاصة. وفي عدد قليل من القوانين، يجب أن يكون ذلك الدين مستندا إلى حكم قضائي. وفي حال اعتماد اختبار التوقُّف العام عن السداد فيما يتعلّق بالطلبات المقدَّمة من الدائنين، قد تنشأ مشاكل متعلقة بالإثبات. فبينما قد يستطيع فرادى الدائنين البرهنة على أنَّ المدين تخلَّف عن تسديد مطالبتهم أو مطالباتهم، قد لا

(12) يرد مزيد من المناقشة حول هذه المسألة في سياق إجراءات إعادة التنظيم المعجَّلة ومعايير بدء الإجراءات ذات الصلة، انظر الفقرات ٦٧-٩٠ من الفصل الرابع في الجزء الثاني.

يكون توفير دليل على التوقُّف العام عن السداد أمراً بالسهولة ذاتها. فهناك حاجة عملية إلى أن يكون بمستطاع الدائن تقديم دليل، على سبيل الافتراض مثلا، يثبت إعسار المدين، دون إلقاء عبء إثبات ثقيل بقدر غير معقول على عاتق الدائنين. ويمكن إثبات افتراض عدم قدرة المدين عموما على سداد ما عليه من ديون، وذلك على سبيل المثال إذا تخلّف المدين عن دفع واحد أو أكثر مما عليه من الديون التي أصبحت مستحقَّة، وكان الدين غير المسدَّد دينا غير متنازع عليه، أي غير خاضع لمنازعة مشروعة أو للمقاصة. وعندما ينص قانون الإعسار على جواز افتراض من هذا القبيل، تكون هناك حاجة مقابلة إلى أن يتيح قانون الإعسار فرصة للمدين لدحض الافتراض، وتحديد الأسباب التي يجوز الاستناد إليها في دحضه. ويمكن أن تشمل هذه الأسباب إثبات المدين قدرته على سداد ديونه؛ أو خضوع الدَّين لمنازعة مشروعة؛ أو أي نفي آخر للعناصر التي استخدمها الدائن في افتراضه. ومن ثَمَّ، فإنّ من شأن إشعار المدين بوجود طلب مقدَّم من الدائن لبدء إجراءات إعسار أن يتيح الفرصة للمدين لمنازعة الدائن في ادعاءاته بشأن وضعه المالي (انظر أيضا الفقرات ٦٤-٦٨، بشأن تقديم إشعار، أدناه).

٣٨- ومن أجل تحسين اختبار التوقُّف العام عن السداد بغية تحديد مستوى أدنى للإثبات يمكن أن يستوفيه الدائنون، هناك معيار يمكن أن يكون ملائما وموضوعيا بشكل معقول يتمثل في عدم سداد المدين ديونه المستحقة في غضون فترة محدّدة بعد أن يكون قد وُجِّه إليه طلب مكتوب لكي يُسدد ديونه، أو بعد انقضاء فترة محدّدة على استحقاق تلك الديون. ويتضمّن عدد من قوانين الإعسار أحكاما من هذا القبيل تتراوح فيها الفترة الزمنية المحدّدة بين ثمانية أيام و٢٤ أسبوعا في الحالات التي تستلزم تقديم طلب رسمي. كما يتضمّن بعض قوانين الإعسار حكما يقضي بأن يكون الطلب مستندا إلى إجراء غير موفق لاسترداد الدين اتُّخذ خلال فترة زمنية محدّدة، ثلاثة أشهر مثلا، قبل تقديم طلب بدء الإجراءات. وعندما يتقرّر إدراج فترات زمنية في القانون، قد يكون من المستصوب تحديد فترات زمنية قصيرة نسبيا، من أجل تحقيق الأهداف الرئيسية المتمثّلة في التمكين من اللجوء بسرعة إلى إجراءات الإعسار والمحافظة على قيمة الموجودات.

٣٩- أمّا الدائنون الذين لديهم مطالبات غير مستحقة بعدُ، فلهم مصلحة مشروعة أيضا في بدء إجراءات الإعسار. وقد ينشأ شاغل خاص عندما يتعلق الأمر بأصحاب الديون الطويلة الأجل مثلا. فعندما يستند الاختبار المستَخدَم لبدء الإجراءات إلى كون الدَّين أصبح مستحقا، قد لا يكون أولئك الدائنون مؤهلين أبدا لطلب بدء الإجراءات، رغم أنه قد يكون من الواضح أن المدين سيكون عاجزا عن الوفاء بالالتزام ذي الصلة عندما يقترب أجل

استحقاق الدين. ويمكن أن يتمثّل أحد الحلول في أن ينصّ قانون الإعسار على أنّ عدم دفع قسط من دين طويل الأجل يمكن أن يشكِّل الأساس لتقديم الدائن طلبا. غير أن استحداث اختبار للسماح بتقديم الطلب في تلك الظروف قد يثير مسائل صعبة تتعلق بالإثبات، خصوصا بشأن مدى علاقة عدم دفع قسط وحيد من الدين بوضع المدين المالي بوجه عام. فإذا أريد لقانون الإعسار أن يسمح للدائنين من غير أصحاب الديون المستحقة بتقديم طلبات، ربما اقتضى الأمر الموازنة بين تلك المسائل المتعلقة بالإثبات، من جهة، والهدف المتمثل في إتاحة سبل اللجوء إلى إجراءات الإعسار على نحو سريع ومريح وناجع من حيث التكلفة. ويمكن معالجة هذه المسائل باستخدام معيار يتضمّن كلا من اختبار التوقُّف عن السداد واختبار الميزانية العامة.

٤٠- وعلاوة على الاشتراطات المتمثلة في التوقُّف عن السداد وكون الدَّين قد أصبح مستحَقا وكون المطالبة به غير متنازع عليها، يتضمّن بعض قوانين الإعسار اشتراطات أخرى منها، مثلا، أن يكون الطلب مقدما من أكثر من دائن واحد (قد يُشتَرَط أن يكون كل منهم دائنا غير مضمون وصاحب مطالبة غير متنَازَع عليها)؛ وأن يكون الدائنون أصحاب مطالبات مستحقة الدفع بل وتمثِّل قيمة مركَّبة معيَّنة من المطالبات (أو تجمع بين عددٍ محدّد أو نسبة محدّدة من الدائنين وقيمة مركَّبة من المطالبات).

٤١- وغالبا ما تستند هذه الاشتراطات إلى الرغبة في التقليل إلى أدنى حد من إمكانية استخدام إجراءات الإعسار استخداما غير سليم من جانب دائن واحد قد يسعى إلى استخدامها كبديل لآلية من آليات إنفاذ الدَّين، خصوصا عندما يكون الدَّين المعني صغيرا، أو من جانب عدد صغير من الدائنين الذين لا يمثل دينهم سوى جزء من مديونية المدين الإجمالية. ولكن، قد يقتضي الأمر موازنة الحجج المقدّمة لصالح هذا النهج مع هدف تيسير سبل اللجوء إلى إجراءات الإعسار بسرعة وسهولة. والشواغل المتعلقة باستخدام الإجراءات استخداما غير سليم يمكن معالجتها بمراعاة قيمة المطالبة التي يطالب بها دائن واحد، (رغم أنَّ تحديد قيمة معيَّنة للمطالبات قد لا يكون دائماً أسلوبا صياغيا مثاليا، حيث إنَّ التقلُّبات في قيمة العملات قد تقتضي تعديل القانون) أو باعتماد إجراء يشترط أن يقدّم المدين إلى المحكمة معلومات تُمكِّنها من تحديد ما إذا كان عدم دفع الدين ناتجا عن نزاع مع دائن بعينه أم هو يمثّل في الواقع دليلا على عدم توفّر موجودات سائلة. ويمكن أيضاً معالجة الشواغل المتعلقة باستخدام الإجراءات استخداما غير سليم بالتركيز على الثَّني عنه بدلا من صوغ معيار معقَّد لبدء الإجراءات يمكن أن يضر بجميع المدينين المؤهَّلين، كما يمكن معالجتها بالنص على بعض النتائج المترتبة على ذلك، مثل رفض الطلب المقدَّم وتقديم تعويضات عن

الأضرار التي تلحق بالمدين. ويجوز ألاّ تقتصر هذه التعويضات على التكاليف والنفقات التي يتكبدها المدين، وأن تشمل عرقلة أعمال المدين أيضا.

(د) الطلب المقدّم من سلطة حكومية

٤٢– إذا كانت الحكومة طرفا دائنا، وجب أن يكون لها الحق ذاته في استهلال إجراءات التصفية، شأنها في ذلك شأن أي دائن آخر. وهذا الحق متاح عموما لدائرة أو هيئة حكومية محدّدة (هي في العادة مكتب النائب العام أو ما يناظره) أو لسلطة إشرافية أخرى، وينطبق عموما معيار بدء الإجراءات ذاته المنطبق على الطلبات المقدّمة من الدائنين الآخرين.

٤٣– ويُوفّر بعض البلدان للسلطة الحكومية أو غيرها من السلطات الإشرافية صلاحية إضافية أساسها أوسع لكي تستخدم نظام الإعسار من أجل إغلاق منشأة ما عندما لا تكون السلطة بالضرورة طرفا دائنا، ولكن إغلاق المنشأة يعتبر مفيدا للمصلحة العمومية. وفي تلك الحالة، لا يكون إثبات انعدام السيولة ضروريا دائما، الأمر الذي يمكّن الحكومة من إنهاء عمليات منشآت اضطلعت بأنشطة معيَّنة هي عموما ذات طابع احتيالي أو جنائي، أو تنطوي على انتهاك خطير لالتزامات رقابية، أو تتَّسم بتوليفة من هذه السِّمات. ونظرا لاحتمال إساءة استخدام هذه الصلاحية في ظروف ليست لها صلة بالإعسار، وحرصا على تحديد أسس المصلحة العمومية تحديدا واسعا جدا، فإنّ من المستصوب جدا ألا تكون هذه الصلاحية متاحة إلا في ظروف محدودة جدا وكملاذ أخير في غياب حلول مناسبة في إطار قوانين أخرى. وهذه الظروف المحدودة قد تشمل استخدام صلاحيات الإعسار مقترنة بقوانين كالقوانين المتعلقة بغسل الأموال أو تنظيم الضمانات في الحالات التي قد لا يُشتَرط فيها إثبات الإعسار. ويمكن أن تشمل الظروف المحدودة أيضا الظروف التي تنطوي على مؤشرات فعلية دالة على الإعسار، إذا كانت السلطة تعمل، مثلا، لمصالح عدد كبير من صغار الدائنين الذين لا يوجد بينهم من لديه دين كبير بما فيه الكفاية لتبرير طلب الإجراءات ولكنهم يتكبَّدون، مع ذلك، أضرارا من جرّاء أنشطة المدين.

٤٤– وقد يستلزم الأمر توفير أشكال معيَّنة من الحماية عندما يُستخدم نظام الإعسار على هذا النحو. فعلى سبيل المثال، قد يقتضي الأمر القيام بتحرٍّ أوَّلي في شؤون المدين أو اتخاذ تدابير أوَّلية، كتطبيق وقف الإجراءات وتعيين ممثل إعسار مؤقت، وذلك من أجل الحيلولة دون استخدام الإجراءات استخداما غير سليم إلى أن تبت المحكمة في الإجراء الإضافي الذي ينبغي اتخاذه بشأن المنشأة. وهذه الصلاحيات الإضافية التي جرى بحثها أعلاه لا تكون متاحة في العادة إلا من أجل بدء إجراءات التصفية، رغم أنه قد تكون هناك ظروف استثنائية

يمكن فيها تحويل إجراءات التصفية إلى إجراءات إعادة تنظيم رهنا بشروط معيَّنة. وقد تشمل هذه الشروط أن يكون نشاط المنشأة مشروعا وأن يتولى إدارة منشأة المدين ممثل إعسار أو وكالة حكومية.

٤- إعادة التنظيم

(أ) الأطراف التي يجوز لها طلب بدء الإجراءات

٤٥- تتبع قوانين الإعسار إزاء الأطراف التي يجوز لها طلب بدء إجراءات إعادة التنظيم نُهُجا متباينة إلى حد أبعد مما هو الأمر في حال طلب بدء إجراءات التصفية. فبينما يسمح بعض القوانين لكل من المدين والدائنين أن يقدِّموا طلبات، لا يجيز عدد من القوانين ذلك إلا للمدين.

(ب) الطلب المقدَّم من المدين

٤٦- يتمثل أحد أهداف إجراءات إعادة التنظيم في وضع إطار يشجِّع المدينين على معالجة ضائقتهم المالية في مرحلة مبكِّرة من أجل تمكين المنشأة من الاستمرار لما فيه منفعة المدين والدائنين على السواء. ويمكن أن يتمثل معيار بدء إجراءات إعادة التنظيم المتسق مع ذلك الهدف في معيار أكثر مرونة من معيار بدء إجراءات التصفية ولا يقتضي من المدين أن ينتظر إلى حين توقفه عن السداد عموما حتى يقدّم الطلب، ولكن يسمح له بتقديم الطلب في ظروف مالية تسفر عن حالة إعسار إذا لم تُعَالَج. وتتباين النهُج إزاء الطلبات التي يقدِّمها المدين من أجل إعادة التنظيم فيما بين قوانين الإعسار. ففي بعض القوانين، لا تتطلب إجراءات إعادة التنظيم في الحقيقة استيفاء أي معيار موضوعي: فالمدين يجوز له أن يقدّم طلباً في أي وقت يشاء ولا يكون عليه سوى تقديم التماس بسيط إلى المحكمة المختصة. وتحدِّد قوانين أخرى، من بينها تلك التي تعتمد نهجا وحدويا (انظر الفقرات ٢١-٢٥ من الفصل الأول في الجزء الأول)، أنه يجوز للمدين أن يقدّم طلباً إذا كان يتصور أنه لن يكون في المستقبل في وضع يمكِّنه من سداد ديونه عندما تصبح مستحقَّة السداد (نتيجة لإعسار أو انعدام سيولة متوقعين أو وشيكين). ويشترط عدد من قوانين إعادة التنظيم وجود دليل على توقُّع حقيقي أو معقول ببقاء الكيان المدين أو بديموميته الاقتصادية.

٤٧- وقد يقال إنَّ إرخاء معيار بدء الإجراءات يمكن أن يشجِّع على إساءة استخدام إجراءات الإعسار. فعلى سبيل المثال، قد يتقدّم مدين لا يواجه صعوبة مالية بطلب لبدء الإجراءات ويقدّم خطة لإعادة التنظيم تسمح له بإسقاط التزامات مرهقة كعقود العمل، أو

تُتيح لـه إعـادة التفاوض على ديونه أو المراوغة وحرمان الدائنين من سداد ديونه لهم فورا وبالكامل. وينبغي تمييز هذه الحالات عن الحالات التي ينبغي فيها تشجيع المدين على طلب الإجراءات، لأن سداد الديون التي أصبحت مستحقة، مثلا، تَسبَّبت له في مشقة مالية يمكن أن تفضي إلى الإعسار في المستقبل (انظر الفقرة ٣٠، بشأن الإعسار الوشيك، أعلاه)، حتى لو لم يكن المدين معسرا فعلا ساعة تقديم الطلب. وبعبارة أخرى، هناك أساس مالي لتقديم الطلب. ويتوقف احتمال حدوث الاستخدام غير السليم على كيفية صوغ عناصر العملية الإجرائية المتعلقة بإعادة التنظيم، بما في ذلك معيار بدء الإجراءات، ومتطلبات إعداد خطة إعادة التنظيم وسيطرة المدين على المنشأة بعد بدء الإجراءات والعقوبات المفروضة في حال استخدام الإجراءات استخداما غير سليم. وكما لوحظ أعلاه، قد يكون من المستصوب أن يركّز قانون الإعسار على الثني عن استخدام الإجراءات استخداما غير سليم بدلا من جعل بدئها أصعب مع ما يترتب عن ذلك من احتمال إلحاق ضرر بجميع مقدمي الطلبات المؤهلين. ويمكن معالجة الاستخدام غير السليم من جانب المدين بالنص، مثلا، على أن المحكمة المختصة لها صلاحية رفض الطلب، وعلى أن المدين تقع على عاتقه، في تلك الحالة، مسؤولية تجاه الدائنين عن التكاليف المرتبطة بمعارضة طلب الإجراءات وعن أي ضرر ناتج عن الطلب.

(ج) الطلب المقدّم من الدائن

٤٨- بالرغم من أنَّ قوانين الإعسار تنصُّ عموما على أن يستهل إجراءات التصفية الدائنُ أو المدينُ، فليس هناك توافق في الآراء بشأن ما إذا كان يمكن أن يستهل إجراءات إعادة التنظيم أحدُ الدائنين أيضا. فكما لوحظ أعلاه، يتضمّن عدد من القوانين أحكاما تتعلق بالطلبات المقدّمة من المدينين فقط. ونظرا لأنَّ أحد أهداف إجراءات إعادة التنظيم يتمثل في زيادة قيمة الموجودات، وبالتالي زيادة العائد للدائنين من مطالباتهم عن طريق استمرار عمل منشأة المدين وإعادة تنظيمها، فإنّ من المستصوب جدًّا ألا تكون إمكانية تقديم طلب الإجراءات مقصورة على المدين. وثمة سبب آخر للسماح بطلبات الدائنين، وهو أنه ستكون هناك حالات لن يطلب فيها المدين، أو لا يستطيع أن يطلب فيها، بدء الإجراءات لأن الإدارة قد استقالت، مثلا. ويُمثل تمكُّن الدائنين من طلب إجراءات إعادة التنظيم أمراً محوريا أيضا لمسألة ما إذا كان يجوز للدائنين اقتراح خطة لإعادة التنظيم (انظر الفقرات ٨-١٤ من الفصل الرابع)، وهو يمكن أن يكون له تأثير كبير في دعمهم لأي خطة مقترحة. وهناك عدد من البلدان يتخذ الموقف المتمثل في أنه ينبغي إتاحة الفرصة للدائنين لاقتراح الخطة،

حيث إنهم في كثير من الحالات أول المستفيدين من إعادة التنظيم المكلّلة بالنجاح. فإذا اتُّبِع هذا النهج، بدا من المعقول أن تتاح للدائنين أيضا إمكانية طلب بدء إجراءات إعادة التنظيم.

٤٩- وتتبع قوانين الإعسار التي تسمح للدائنين بطلب إجراءات إعادة تنظيم المنشأة المدينة نُهُجا مختلفة إزاء معيار بدء الإجراءات. فهناك نَهج تتبعه قوانين الإعسار التي تعتمد الاختبار ذاته، بما في ذلك احتمال انعدام السيولة، المطبق في حال طلب المدين إجراءات إعادة التنظيم. وهناك نَهج مختلف يرى أنَّ من الصعب تبرير استخدام الاختبار ذاته، وخاصة إدراج احتمال انعدام السيولة، ولا يقتصر السبب في ذلك على الصعوبات المرتبطة بقدرة الدائنين على إثبات أنَّ المدين قد استوفى معيار انعدام السيولة المحتمل، بل هناك سبب آخر وهو أنه يبدو من غير المعقول بوجه عام بدء أي شكل من أشكال إجراءات الإعسار بالرغم من إرادة المدين إلا إذا كان بامكان الدائنين أن يثبتوا أن حقوقهم قد هُضمت فعلا.

٥٠- ويعتمد بعض القوانين، في معالجة هذه المسائل فيما يخص بدء الدائن إجراءات إعادة التنظيم، معايير لبدء الإجراءات تشترط أن يبيّن الدائنون عوامل معيَّنة بالإضافة إلى إعسار المدين. فعليهم، مثلا، أن يبيّنوا أن هناك موارد نقدية مستمرة ستكون متاحة لدفع ما يتطلبه تسيير العمل اليومي للمنشأة التجارية، وأنَّ قيمة الموجودات سوف تدعم إعادة التنظيم وأنَّ مبلغ العائد إلى الدائنين في إجراء إعادة تنظيم يرجح أن يتجاوز العائد في التصفية. أمّا أحد العيوب الواضحة لهذا النَّهج، فهو أنه يشترط على الدائنين أن يكونوا قد قاموا، أو أن يكونوا قادرين على أن يقوموا، بإجراء تقييم شامل ودقيق لمنشأة المدين قبل طلب بدء الإجراءات. غير أن القيام بذلك التقييم يستوجب قدرة الدائنين على الحصول على معلومات من المدين لها صلة بذلك التقييم وموثوقة بما فيه الكفاية لتيسيره. وللمساعدة في هذه الحالات، يمكن أن ينص قانون الإعسار، مثلا، على أن تقوم هيئة مستقلة بتقييم وضع المدين المالي عند طلب الدائنين بدء الإجراءات. فمن شأن هذا الإجراء أن يساعد على ضمان عدم بدء الإجراءات إلا في الحالات الملائمة. ولكن، ينبغي توخي الحذر لضمان ألا تؤدي الاشتراطات الإضافية إلى تعقيد عملية طلب بدء الإجراءات، وبالتالي إلى ثني الدائنين عن اقتراح إعادة التنظيم وتشجيع التصفية كبديل أسهل، أو تأخير بدء الإجراءات مع ما يترتب على ذلك من نتائج فيما يتعلق بزيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد واحتمال نجاح إعادة التنظيم. وينبغي الحرص أيضا على ضمان عدم استخدام سياق الإعسار من قِبل منافس للمدين من أجل الحصول على معلومات حساسة تجاريا أو سرية، أو من أجل عرقلة عمل منشأة المدين بفرض اشتراطات غير مبررة فيما يتعلق بتقييم وضعه المالي.

٥١- ويعتمد بعض قوانين الإعسار شكلا من الاختبار مختلفا قليلا عن اختبار التوقُّف عن السداد، إذ هي تشترط أن يقدّم الطلبَ عدد محدّد من الدائنين أو الدائنون الذين هم أصحابُ مطالبات مستحقّة ذات قيمة محدّدة أو تشترط الشرطين معا. وهناك قوانين أخرى تشترط أن يقدّم الدائنون، عند تقديم الطلب، سندا أو مبلغا يُدفع لتغطية تكاليف إجراءات البدء.(١٣) ويمكن أن يقال إنَّ هذه الاشتراطات تشكو من العيوب ذاتها التي ذُكرت أعلاه بشأن الاشتراطات المتعلِّقة بوجوب أن يبيّن الدائنون أنَّ هناك وسائل كافية لنجاح إعادة التنظيم.

٥٢- وترتبط مسألة تعقد معايير بدء الإجراءات أو بساطتها ارتباطا وثيقا بالنتائج المترتبة على بدء إجراءات الإعسار وسيرها. ففي قوانين الإعسار التي تُطَبِّق وقفا آليا عند بدء الإجراءات، مثلا، يمكن تقييم قدرة المنشأة على مواصلة الاتجار وإمكانات النجاح في إعادة تنظيمها بعد بدء الإجراءات (ويمكن تحويل الإجراءات إلى التصفية إذا ما تقرّر أن إعادة التنظيم غير ملائمة، عندما يجيز القانون ذلك). وفي نُظُم أخرى، قد يتطلب الأمر توفير تلك المعلومات قبل التقدّم بطلب بدء الإجراءات لأن اختيار إعادة التنظيم يفترض أن يؤدي إلى عائد للدائنين أكبر من العائد الناتج عن التصفية.

٥٣- وقد يكون من المناسب، للأسباب الوارد ذكرها في الفقرات السابقة، تطبيق معيار البدء ذاته على طلبات الدائنين بشأن تصفية الكيان المدين وإعادة تنظيمه على السواء (أي استخدام اختبار التوقُّف العام عن السداد). فهذا المعيار يبدو متسقا مع كل من النهج الثنائي والنهج الوحدوي (انظر الفقرة ٢٥ من الفصل الأول في الجزء الأول)، حيث لا يتوقف تطبيق معيار بدء مختلف على نوع الإجراءات المستهلة بل بالأحرى على ما إذا كان مقدّم الطلب مدينا أم دائناً. أما المُستَثنى من النَّهج المتمثل في اتِّباع معيار البدء ذاته فيما يتعلق بالتصفية وإعادة التنظيم على السواء فهي النُظُم التي تفضّل إعادة التنظيم والتي يحال فيها دون قيام المدين ولا الدائن باستهلال إجراءات التصفية إلى أن تتقرر استحالة إعادة التنظيم. وفي تلك الحالة، لن يكون معيار البدء المتعلق بالتصفية هو التوقُّف العام عن السداد وإنما بالأحرى تقرير عدم إمكان نجاح إعادة التنظيم.

(13) يمكن أن يغطي المبلغ المالي أجر ممثل الإعسار أيضا (انظر الفقرة ٥٨ من الفصل الثالث في الجزء الثاني، وكذلك المناقشة المتعلقة برسوم إجراءات الإعسار في الفقرات ٧٦-٧٨، أدناه).

٥- المسائل الإجرائية

(أ) تقديم طلب البدء

٥٤- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الإشتراطات الإجرائية لتقديم طلب البدء. فهناك قوانين إعسار كثيرة تشترط تقديم طلب إلى محكمة معيَّنة، وإن كانت هناك أمثلة أخرى لقوانين تنص على استهلال الإجراءات حالما يقدّم المدين بيانا إلى الهيئة الرقابية المختصة. وتطرح مسألة الإشتراطات الإجرائية اشتراك المحكمة في إجراءات الإعسار بشكل أعمّ، وهو ما نوقش في الجزء الأول (انظر الفقرات ١-٨، بشأن الإطار المؤسسي، في الفصل الثالث، أعلاه). وقد يؤثّر أيضا في طريقة بدء إجراءات الإعسار قانون غير قانون الإعسار، كالقانون الدستوري (الذي قد تكون له صلة، مثلا، بدور المحاكم والوكالات الإدارية وبمسائل الاختصاص)، أو قانون المرافعات (بما في ذلك قواعد المحاكم) أو قانون الشركات.

(ب) قرار بدء إجراءات الإعسار

٥٥- تتعلق إحدى المسائل الإجرائية الأولية بالطريقة التي تبدأ بها الإجراءات حالما يقدّم الطلب. فالممارسة المعتادة في دول عديدة هي أن تقرر محكمة ذات ولاية قضائية مختصة، استنادا إلى الطلب، ما إذا كان قد تم الوفاء بالشروط الضرورية لبدء الإجراءات. وفي بعض الدول، يمكن أن تقرر ذلك أيضا الهيئة الإدارية أو المحكمة المختصة، عندما تؤدي تلك الهيئة دورا إشرافيا محوريا في إجراءات الإعسار. بيد أنَّ المسألة المحورية لا تتعلق بمن يتخذ قرار بدء الإجراءات بل بالأحرى بما يُطلَب إلى الهيئة أن تفعله للموافقة على الطلب وبدء الإجراءات.

٥٦- ومن شأن شروط القبول التي تهدف إلى إتاحة اللجوء المبكِّر واليسير إلى إجراءات الإعسار أن تُيسِّر النظر في الطلب من جانب المحكمة أو هيئة أخرى بالحد من تعقد الأمر وبالمساعدة، حسب الاقتضاء، في التوصل إلى قرار في وقت مناسب، ليس هذا فحسب بل هي تنطوي أيضا على احتمال انخفاض تكلفة الإجراءات وازدياد الشفافية والقدرة على التنبؤ. وتنطوي شروط القبول هذه أيضا على احتمالات أقلّ في إلقاء أعباء على النظم التي قد تنقصها القدرة المؤسسية أو الخبرة للقيام بتحريات معقدة تتطلّب خبرة كبيرة في مجالي التجارة والأعمال. وقد تكون مسألة التكاليف والرسوم المرتبطة باللجوء إلى إجراءات الإعسار ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بالمنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم. وثمة عامل آخر جدير بالملاحظة فيما يخص إجراء البدء، وهو يتمثل في اتجاه ظهر مؤخرا في عدة قوانين بشأن الإعسار ويتعلق بالاعتراف بأن للمدين حقا أساسيا في أن تستمع إليه المحكمة أو الهيئة التي ستقرّر طلب بدء الإجراءات سواء أكان مقدَّما من المدين أم من الدائنين.

٥٧- وفي سياق معالجة متطلبات بدء الإجراءات، يميز بعض قوانين الإعسار بين طلب البدء المقدَّم من المدين والطلب المقدَّم من الدائن. ففي بعض القوانين، يُعتَبر طلب المدين بمثابة اعتراف بالإعسار ويؤدي إلى بدء الإجراءات آليا ما لم يتسنَّ إثبات أنَّ المدين يسيء استخدام قانون الإعسار. وفي المقابل، يُشترط فيما يخص الطلب المقدَّم من الدائن، بموجب هذه القوانين، أن تنظر المحكمة فيما إذا كانت معايير البدء قد استوفيت قبل أن تُقرر بدء الإجراءات. وأحد الأسباب الرئيسية لذلك هو تفادي إساءة الإستخدام من جانب الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة. وسوف يكون متاحا للمدين عدة سبل مختلفة للتصرف، منها قبول الطلب المقدّم، أو منازعة الطرف مقدِّم الطلب برد ادعاءاته بشأن وضعه المالي، أو التماس بدء إجراءات مختلفة (مثلا، عندما يكون الطلب المقدّم خاصا بالتصفية، التماس بدء إجراءات إعادة التنظيم). وقد يكون أيضا لدى المدين دفوع تتعلق بالولاية القضائية أو بأمور إجرائية تجاه الطلب المقدَّم من الدائن. ويشترط في بعض القوانين الأخرى، بغض النظر عما إذا كان الطلب مقدَّما من المدين أو من الدائنين، أن تُقرّر المحكمة ما إذا كانت شروط القبول قد استوفيت، بل وأن تقرّر أيضا ما إذا كان نوع الإجراءات المطلوب بدؤها مناسبا لظروف المدين الخاصة.

٥٨- وإذا كان التقييم المراد إجراؤه معقَّدا، أصبح من المحتمل لا حدوث تأخُّر بين الطلب وبدء الإجراءات فحسب، بل وكذلك تكبُّد مزيد من الديون في تلك الفترة لأن المدين يواصل نشاطه التجاري ويسمح بتزايد الديون التجارية لكي يحافظ على التدفق النقدي. وعلاوة على ذلك، من المحتمل أن تتبدَّد الموجودات بما يتخذه الدائنون من تدابير. وعندما يُشترط أن تقيِّم المحكمة شتى الأمور قبل أن يتسنَّى بدء الإجراءات، فإنّ إحدى الوسائل للتقليل من التعقُّد المحتمل أن يتَّسم به التقييم تتمثل في النص، أولا، على إجراء التقييم بعد بدء الإجراءات حيث يصبح بإمكان المحكمة الحصول على مساعدة من ممثل الإعسار ومن خبراء آخرين، وثانيا، على تحويل الإجراءات ما بين التصفية وإعادة التنظيم. وعندما يُعتمد هذا النهج قد يكون من اللازم أن ينص قانون الإعسار على قواعد واضحة بشأن تطبيق الوقف (انظر بشكل عام الفقرات ٢٥-٧٣ من الفصل الثاني)، وأولوية سداد الديون المتكبَّدة (انظر الفقرة ٦٦ من الفصل الخامس)، وبشأن صلاحية المدين في التصرف في الموجودات أثناء الفترة التي تتخلل الطلب والبدء (انظر الفقرات ١٦ و٧٠-٧٣ من الفصل الثاني)، وكذلك بشأن طريقة تناول المعاملات غير المرخَّص بها التي تجري أثناء فترة التقييم (انظر الفقرة ١٤٧ من الفصل الثاني).

(ج) تحديد أجل زمني لاتخاذ قرار البدء

٥٩- عندما يُشترط أن تتخذ المحكمة قرارا بشأن بدء الإجراءات، فمن المستصوب اتخاذه في حينه لضمان اليقين في عملية اتخاذ القرار وإمكانية التنبؤ بها، وضمان سير الإجراءات بشكل فعّال ودون تأخُّر. وستكون لهذا أهمية خاصة في حال إعادة التنظيم من أجل تفادي استمرار تضاؤل قيمة الموجودات وتحسين فرص نجاح إعادة التنظيم. وتحدِّد بعض قوانين الإعسار أجلا زمنيا للفترة التي يجب أن يتخذ فيها قرار البدء بعد تقديم الطلب. وكثيرا ما تميز هذه القوانين بين طلبات المدينين وطلبات الدائنين حيث تميل إلى البتِّ في طلبات المدينين بصورة أسرع. والهدف من إتاحة أي فترة إضافية لطلبات الدائنين هو إتاحة الفرصة لإشعار المدين على الفور حتى يتسنى له أن يردَّ على الطلب.

٦٠- ورغم أنَّ نهج تحديد آجال زمنية قد يخدم هدف توفير اليقين والشفافية للمدين والدائنين، فإنّ تحقيق هذا الهدف قد يكون من الضروري موازنته مع العيوب المحتملة. فعلى سبيل المثال، قد لا يكون تحديد أجل زمني معيَّن مرنا بما يكفي لمراعاة ظروف الحالة الخاصة. وبوجه أعمَّ، يمكن وضع ذلك الأجل الزمني دون مراعاة للموارد المتاحة للهيئة المسؤولة عن الإشراف على إجراءات الإعسار أو للأولويات المحلية لتلك الهيئة (خصوصا عندما لا يكون الإعسار سوى مسألة من المسائل التي هي مسؤولة عنها). وقد يتبيَّن أيضا أنَّ من الصعب ضمان أن تلتزم هيئة اتخاذ القرار بالأجل الزمني المحدّد والنص على عواقب مناسبة في حال عدم الالتزام به. كما ينبغي أن تعبِّر الفترة الزمنية الفاصلة بين الطلب وقرار بدء الإجراءات عن نوع الإجراءات المطلوبة وعملية تقديم الطلب وعواقب بدء الإجراءات في أي نظام معيَّن. فعلى سبيل المثال، سيكون هناك تباين بين النُّظُم فيما يتعلق بالمدى الذي يجب أن يتم فيه إشعار الأطراف ذات المصلحة وجمع المعلومات قبل بدء الإجراءات، مما يقتضي وضع فترات زمنية مختلفة. ومن المستصوب، لهذه الأسباب، أن يعتمد قانون الإعسار نهجا مرنا يؤكّد على مزايا سرعة اتخاذ القرار ويُرشد إلى ما هو معقول، ولكن يضع في الاعتبار أيضا في الوقت ذاته القيود والأولويات المحلية.

(د) رفض طلب بدء الإجراءات

٦١- تشير الفقرات السابقة إلى عدد من الحالات التي يُستصوَب فيها، عندما يُشترط أن تتخذ المحكمة القرار المتعلق ببدء الإجراءات، أن تكون للمحكمة صلاحية رفض طلب البدء، إما بسبب مسائل متعلقة باستخدام قانون الإعسار استخداما غير سليم، أو لأسباب فنية تتعلق باستيفاء معيار البدء. وتشمل الحالات المشار إليها أمثلة لطلبات المدين والدائنين على

السواء. وقد يكون من بين الحالات الرئيسية التي تبرر رفض الطلب لأسباب فنية تلك الحالات التي يتضح فيها أنَّ المدين لم يستوف معيار البدء، والحالات التي يكون فيها الدَّين موضع نزاع مشروع أو موضع مقاصة بمبلغ مساو للدَّين أو أكبر منه؛ والحالات التي لن تخدم فيها الإجراءات أيَّ غرض، مثلا لأنَّ الدَّين المضمون يتجاوز قيمة الموجودات؛ والحالات التي تكون فيها موجودات المدين غير كافية لدفع تكاليف إدارة الإعسار ولا يحتوي القانون على حكم آخر بشأن تمويل إدارة تلك الحوزات.

٦٢- وقد تشمل الأمثلة على الإستخدام غير السليم الحالات التي يستخدم فيها المدين طلبا بشأن الإعسار كوسيلة لمراوغة الدائنين وحرمانهم دون مبرر من السداد الفوري للديون، أو للحصول على إعفاء من التزامات مرهقة مثل عقود العمل. وقد تشمل الأمثلة، فيما يتعلق بطلب الدائن، الحالات التي يستخدم فيها الدائن الإعسار كبديل غير مناسب عن إجراءات إنفاذ الدَّين (التي قد لا تكون موضوعة بصورة جيدة)، أو محاولة إبعاد منشأة ديومة عن السوق، أو محاولة الحصول على شروط سداد تفضيلية بإكراه المدين (يمكن أن يشكّل التحرّي عنصرا أساسيا في إجراءات الإعسار عندما تكون قد سُدِّدَت مدفوعات تفضيلية ويكون المدين معسرا).

٦٣- وكما ذُكر أعلاه، عندما يكون هناك دليل على استخدام إجراءات الإعسار استخداما غير سليم سواء من جانب المدين أو من جانب الدائنين، يجوز أن ينص قانون الإعسار، بالإضافة إلى رفض الطلب، على إمكان فرض عقوبات على الطرف الذي يستخدم تلك الإجراءات استخداما غير سليم، أو على إلزام ذلك الطرف بأن يدفع للطرف الآخر أي تكاليف وأي تعويضات محتملة عن أي أضرار ناجمة عن ذلك. وقد تكون هناك أيضا وسائل انتصاف بموجب قانون آخر غير قانون الإعسار. وعندما يُرفض الطلب، ينبغي أن ينتهي مفعول أي تدابير انتصافية مؤقتة كانت المحكمة قد أمرت بها بعد صدور طلب بدء الإجراءات (انظر الفقرة ٥٣ من الفصل الثاني).

(هـ) الإشعار بالطلب وبدء الإجراءات

٦٤- إنَّ الإشعار بطلب بدء إجراءات الإعسار وببدء تلك الإجراءات محوري لعدد من الأهداف الرئيسية لنظام الإعسار. فهو يكفل شفافية الإجراءات وتزويد جميع الأطراف المتأثرة – وهي الدائنون والأطراف الأخرى ذات المصلحة إذا كان الطلب مقدَّما من المدين، والمدين والدائنون والأطراف الأخرى ذات المصلحة إذا كان الطلب مقدَّما من أحد الدائنين – بالمعلومات على قدم المساواة.

'١' الطلب المقدَّم من المدين: إشعار الدائنين

٦٥- في حال صدور الطلب عن المدين، تكون للدائنين ولغيرهم من الأطراف ذات المصلحة مصلحة مباشرة في تلقي إشعار بالإجراءات والحصول على فرصة للطعن في افتراضات الأهلية (ربما خلال فترة زمنية محدّدة، بغية منع إطالة الإجراءات بدون داع). ويثار، مع ذلك، سؤال بشأن الوقت الذي ينبغي إشعار الدائنين فيه — أي ما إذا كان وقت تقديم الطلب أم وقت بدء الإجراءات. فالدائنون لهم مصلحة في أن يتلقوا إشعارا بالطلب حتى يتسنى لهم اتخاذ قرار مبني على اطلاع فيما يتعلق بمواصلة تزويد المدين بالسلع والخدمات تجنبا لتراكم مزيد من الديون. ويمكن أن يترتب على أي تأخر بين الطلب وبدء الإجراءات عواقب جسيمة تلحق بالدائنين الذين يواصلون التعامل تجاريا مع المدين دون علم بضائقته المالية. ومن الضروري، في ظروف معيّنة، الموازنة بين مصالح الدائنين في العلم بتقديم الطلب وإمكانية تأثر وضع منشأة المدين دون داع إذا قُدِّم إشعار بالطلب في حال رفض ذلك الطلب في نهاية الأمر، أو إمكانية تشجيع الدائنين على اتخاذ إجراء اللحظة الأخيرة لإنفاذ مطالباتهم. ويمكن معالجة هذه الشواغل بالنص عموما على إشعار الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة ببدء الإجراءات فقط واعتماد عملية بدء تتجنب حصول تأخر لا داعي له بين تقديم الطلب والبدء.

٦٦- وهناك اعتبار آخر يتعلق بما إذا كان ينبغي التطرق على نحو صريح إلى موضوع إشعار الدائنين الأجانب في أي شروط للإشعار يشملها قانون بشأن الإعسار، بغية ضمان المساواة في المعاملة بين الدائنين المحليين والدائنين الأجانب، ومراعاة الاتجاه الدولي النازع إلى إلغاء التمييز القائم على جنسية الدائن. أما العوامل المراد إقامة التوازن بينها لدى البتّ في هذه المسألة فتُناقش أدناه في سياق طريقة الإشعار.

'٢' الطلب المقدَّم من أحد الدائنين: إشعار المدين

٦٧- في حال طلب الدائن بدء إجراءات الإعسار، هناك اعتراف متزايد بأنَّه ينبغي أن يكون للمدين حق أساسي في تلقي إشعار فوري بالطلب وفي أن تتاح له الفرصة لأن تُسمَع وجهة نظره وأن يعترض على مطالبات مقدِّم الطلب فيما يتعلق بوضعه المالي (انظر الفقرتين ٢٠ و٢١ من الفصل الثالث). وعندما يكون المدين قد اختفى أو تفادى استلام الإشعار الشخصي، فربما تكون اشتراطات إعلان الإشعار كافية أو يمكن إرسال الإشعار إلى آخر عنوان معروف للمدين. ومع ذلك، قد تكون هناك ظروف استثنائية يمكن النص فيها، بموافقة المحكمة، على الاستغناء عن إشعار المدين شخصيا، استنادا إلى أنه قد يحبط الغرض

من طلب معيَّن. وقد تشمل هذه الظروف الحالات التي يمكن أن يؤدي فيها الإشعار بالطلب إلى قيام المدين بوضع الموجودات بعيدا عن متناول الدائنين أو ممثل الإعسار. والحجة المقابلة لتلك هي أنَّ المدين، في حال عدم إشعاره، قد يواصل العمل بدون علم ويضعف قيمة موجوداته، مما يضر بقيمة موجوداته وبالتالي بمصلحة دائنيه أيضا. وهذا الشاغل يمكن معالجته باللجوء إلى تدابير مؤقتة مثل فرض وقف، حيث إنَّ ذلك أفضل من الاستغناء عن الإشعار بالطلب. ولكن، في الحالة التي يسمح فيها القانون للمحكمة فعلا بالاستغناء عن الإشعار بالطلب، ينبغي مع ذلك أن يتلقى المدين في أبكر وقت ممكن إشعارا ببدء تلك الإجراءات. وقد تكون للدائنين غير أولئك الذين يقدمون طلبا لبدء الإجراءات مصلحة مباشرة في أن يتلقوا إشعارا ببدء تلك الإجراءات.

'٣' إشعار الأطراف الأخرى غير الدائنين ببدء الإجراءات

٦٨- قد يكون هناك عدد من الأطراف الأخرى غير الدائنين يقتضي الأمر إشعارها ببدء الإجراءات. وقد تشمل هذه الأطراف إدارة البريد (خصوصا إذا اشترط القانون تسليم ممثلِ الإعسار بريدَ المدين)، وسلطات الضرائب، وهيئات الخدمات الاجتماعية والهيئات المنظمة الاعتبارية.

'٤' طريقة الإشعار

٦٩- فضلا عن مسألة الوقت الذي يتعيّن فيه الإشعار، قد يكون من الضروري أن يتناول قانون الإعسار طريقة الإشعار والمعلومات التي يتعيَّن أن يحتويها، بغية ضمان فعاليته. أما طريقة الإشعار فيمكن أن تتناول الطرف الذي يطلب منه الإشعار (مثلا المحكمة أو الطرف الذي يقدّم طلب بدء الإجراءات) وكيفية إتاحة المعلومات، علما بأن الاعتبار الرئيسي هو تسليم الإشعار أو نشره بالشكل الذي يرجح عموما أن يصل إلى علم الأطراف ذات المصلحة. مثلا، رغم أنَّ الدائنينَ المعروفين[(١٤)] يمكن إشعارهم فرديا وعلى نحو مباشر (تتوقف فعالية هذا الأسلوب على حالة سجلات المدين)، فإنّ الحاجة إلى إشعار الدائنين غير المعروفين قد دفعت المشترعين إلى اعتماد اشتراطات واسعة مثل نشر الإشعار في منشور حكومي رسمي أو في إعلان تجاري أو في صحيفة رائجة. ويجوز أن تكون تلك الصحيفة

(14) سيتيسر هذا بالرجوع إلى قائمة الدائنين التي يتعيّن أن يوفّرها المدين بالتعاون مع ممثل الإعسار (انظر الفقرات ٢٣-٢٧ و٤٩-٥١ من الفصل الثالث)؛ انظر أيضا المادة ١٤ من قانون الأونسيترال النموذجي (انظر المرفق الثالث).

إقليمية أو وطنية أو محلية (بالإشارة إلى موقع منشأة المدين) حسب ظروف الحالة المعنية وما يثبت أنه أنجع تكلفة. وقد لا يكون ضروريا دائما، مثلا، اشتراط النشر بتكلفة كبيرة في صحيفة وطنية عندما تكون منشأة المدين محلية وتدار أعمالها محليا.

٧٠- وبغية تجنّب أن يصبح الإشعار عملية غير مجدية تتطلب في كل حالة تحريا في ما سيثبت أنه أنجع الوسائل لتوجيه الإشعار، ينبغي أن يشير الالتزام إلى أشكال معيارية مع قدر معيَّن من المرونة لمراعاة الظروف المحلية. ويمكن أن تشمل الخيارات الأخرى لتحقيق الإشعار الفعال أشكالَ الاتصال الالكتروني واستخدام السجلات العمومية ذات الصلة.

'٥' مضمون الإشعار

٧١- يجوز أن تشمل المعلومات المطلوبة في الإشعار أثر بدء الإجراءات (خاصة فيما يتعلق بتطبيق الوقف — انظر الباب باء من الفصل الثاني)؛ ووقت تقديم المطالبات، وطريقة ومكان تقديمها؛ وإجراءات تقديمها وأي اشتراطات شكلية ضرورية لتقديمها؛ والإرشادات بشأن من هم الدائنون الذين ينبغي أن يقدِّموا مطالبات (أي ما إذا كان الدائنون أصحاب الضمانات يلزم أن يقدِّموا مطالبة — انظر الفقرات ٢-٥ من الفصل الخامس - وأيّ أحكام خاصة تنطبق على الدائنين الأجانب)؛ وعواقب عدم تقديم مطالبة أو عدم تقديمها بالطريقة المنصوص عليها؛ والمعلومات الخاصة بالتحقُّق من المطالبات وباجتماعات الدائنين.

٦- المدينون الذين لديهم موجودات غير كافية

٧٢- هناك كيانات مدينة كثيرة تستوفي معايير بدء إجراءات الإعسار ولا تُصَفَّى أبدا رسميا، إما لأن الدائنين راغبون عن استهلال الإجراءات عندما يبدو أن المدين ليست لديه موجودات أو أن موجوداته غير كافية لتمويل إدارة إجراءات الإعسار، أو لأن المدينين في مثل هذه الأوضاع نادرا ما يتخذون خطوات لبدء الإجراءات. وتنص بعض قوانين الإعسار على أن يُرفَض طلب بدء الإجراءات المقدَّم في هذه الظروف على أساس تقدير المحكمة بأنَّ الموجودات غير كافية، بينما تنص قوانين أخرى على آلية لتعيين ممثل إعسار وتحديد أجره (انظر الفقرات ٤٤-٤٧ من الفصل الثالث). وهناك قوانين أخرى تنص على تحميل الدائنين عبء تكاليف إدارة الحوزة (انظر الفقرات ٧٦-٧٨، بشأن الرسوم، أدناه).

٧٣- وهناك عدد من الأسباب، وهي تتعلق بالمصلحة العمومية بوجه خاص، تبرر تصميم آلية تتيح أن تتم بموجب إجراء رسمي إدارة الكيان المدين الذي له فيما يبدو موجودات قليلة

أو ليست لـه موجـودات البتة. فـإذا كـان قـانون الإعسـار لا ينص عـلى القـيام بـتحريات لاستكشـاف حالـة الشـركات المعسـرة القليلة الموجـودات أو العديمة الموجـودات، فإنّـه قلّـما يسـهم في ضـمان الالـتزام بالسـلوك الـتجاري الـنزيه أو في تعزيـز معـايير الإدارة السـديدة للمنشـآت الـتجارية. إذ يمكـن أن تـنقل الموجـودات إلى خـارج الشـركات المعسـرة أو إلى شـركات أخـرى ذات صـلة قـبل التصـفية دون الخـوف مـن التحريات أو مـن تطبيق أحكـام الإبطال أو أحكام القانون المدنية أو الجنائية الأخرى.

٧٤- ومن شأن وجود آلية للإدارة أن يساعد على تبديد أيّ تصور بأنه يمكن التسامح إزاء أيّ إسـاءة استخدام مـن هـذا القبيل، وهـي يمكـن أن توفّـر عـائدا للدائنين حيث يمكن إبطال معـاملات سـابقة، وأن توفّـر كذلـك وسـيلة للتحري في سـلوك إدارة تلـك الكـيانات المدينة. وهـي يمكـن أن تشـجِّع أيضـا على مزاولة أنشطة تجارية وعلى المخاطرة الاقتصادية المدروسة، مـن خـلال إتاحـة إبـراء للذمـة وفـتح صـفحة جديـدة لمنظمي المشـاريع وغيرهـم مـن مـزاولي الأنشطة الاقتصادية – علما بأن النواحي العقابية والردعية في قوانين الإعسار هي أقلّ ملاءمة إذا كـان المدين أمـينا. فعلى سبيل المثال، تنص بعض قوانين الإعسار، عند احتمال أن يُرفض طلـب بـدء إجـراءات إعسـار، عـلى اسـتثناء الأفـراد الذيـن ليسـت لديهـم موجـودات تكفـي لتمويل إدارة إجـراءات الإعسـار، مما يمكّـن مـن تقصّـي أعمـال ذلـك المديـن لـتحديد مـا إذا كانت لديه موجودات يمكن استردادها وما إذا كان ينبغي إبراء ذمة ذلك المدين أم لا.

٧٥- ويمكـن أن تشـمل آلـيات مـتابعة إدارة مـثل هذه الحوزات، كما لوحظ أعلاه، اقتضاء رسـم إضـافي مـن الدائـنين لـتمويل الإدارة؛ أو إنشـاء مكتـب عمومـي أو اسـتخدام مكتـب موجـود؛ أو إنشـاء صـندوق يمكـن أن تدفـع مـنه التكالـيف؛ أو تعـيين أحـد فنـيي الإعسـار المسـجلين اسـتنادا إلى جـدول بأسمـائهم أو إلى نظـام التـناوب. فالغـرض مـن هذيـن الـنظامين الأخيريـن عـادة هو ضمان توزيع عادل ومنظم في جميع حالات الإعسار، سواء في حال عدم توفّـر موجـودات كافـية أو في غـير ذلك من الحالات، حيث تدفع الدولة لممثل الإعسار أجرا محدّدا أو يتحمل ممثل الإعسـار التكاليف مباشـرة ويُـنقل جانـب من عبئها إلى زبائنه المعنيين عامـة (لأنـه إذا كـان مـن الفنيين المختصـين، فإنّ معدلات أجره يمكن تعديلها بحيث تأخذ في الحسـبان العمـل غـير المـأجور – ولا يمكـن اتـباع هـذا الـنهج إذا كـان ممـثل الإعسـار موظفـا حكومـيا). وعـندما يـنص قـانون الإعسـار عـلى هـذه الآلـية، قـد يقتضـي الأمـر أيضـا النظر في تحديـد المدينين الذيـن تطبق عليهم هذه الأحكام، كأن يكونوا مدينين يقلّ ما لديهم عن قيمة معيَّنة من الموجودات غير المرهونة (وهذا لا يشمل الموجودات التي يُسمَح للمدينين الذين هم

أشخاص طبيعيون بالاحتفاظ بها — انظر الفقرات ١٨-٢١ من الفصل الثاني) وليس لديهم مصدر دخل منتظم يمكِّن من المضي في إجراء التصفية.

٧- رسوم إجراءات الإعسار

٧٦- تمثل فعالية التكلفة، بالإضافة إلى السرعة والكفاءة، جانبا هاما من أي نظام فعّال للإعسار، وينطبق ذلك على جميع مراحل إجراءات الإعسار. لذلك فإنّ من المهم، عند وضع قانون للإعسار، تجنب الأوضاع التي تخضع فيها الإجراءات لأعباء تكاليف تثبط عزم الدائنين وتثني عن بدء الإجراءات وتحبط أهدافها الأساسية. ولهذا أهمية خاصة في حالة إعسار المنشآت الصغيرة والمتوسطة الحجم. وقد تكون له أيضا أهمية خاصة عندما يكون على المدين دين كبير لعدد من صغار الدائنين الذين قد لا تتحمل ديونهم الفردية التكاليف التي تنطوي عليها عملية طلب بدء الإجراءات أو عندما تكون موجودات حوزة الإعسار قليلة.

٧٧- وقد يقتضي الأمر دفع رسوم في حالة الطلبات المقدّمة من المدينين والدائنين على السواء لبدء إجراءات الإعسار. وقد تُتَّخَذ نُهُج مختلفة إزاء مستوى الرسوم المفروضة. وقد يكون أحد النُهُج المتبعة تحديد رسم يمكن استخدامه للمساعدة في تحمُّل تكاليف الإجراءات. غير أنه حيثما يكون الرسم الناتج عن ذلك عاليا، فإنّه قد يكون رادعا ويعرقِل هدف الوصول السريع والمناسب إلى إجراءات الإعسار. ومن ناحية أخرى، فإنّ فرض رسم منخفض جدا قد لا يكون كافيا لردع الطلبات التافهة، ولذلك من المستصوب ضرورة التوصل إلى توازن بين هذه الأهداف.

٧٨- وتشترط بعض قوانين الإعسار أن يضمن الدائنون الذين يقدّمون طلبا لبدء الإجراءات دفع تكاليف الإجراءات في حدود مبلغ معيَّن أو دفع نسبة مئوية معيَّنة من إجمالي مطالباتهم أو مبلغ محدّد كضمان لدفع التكاليف. وفي بعض القوانين التي تشترط دفع مبلغ كضمانة للتكاليف، يجوز رد ذلك المبلغ من أموال الحوزة إذا كانت هناك موجودات كافية، ويعفى بعض الدائنين، مثل الموظفين، من تقديم الضمانة المطلوبة. وتشترط قوانين أخرى، لبدء الإجراءات، أن تكون موجودات الحوزة غير المرهونة كافية لتغطية تكاليف الإجراءات. وينص قانون الإعسار بشكل عام على أنه، عندما تكون الموجودات غير كافية، يُرفَض الطلب (وهذا يمكن أن يترتَّب عليه بقاء وضع المدين المالي دون حل) أو يعامَل وفقا للأحكام المتعلقة بالحوزات القليلة الموجودات أو العديمة الموجودات (انظر أعلاه). ويحدّد نهج آخر الرسوم التي يجوز فرضها كنسبة مئوية ثابتة من قيمة موجودات الحوزة. وفي

الحالات الكبيرة، قد يؤدي هذا إلى دفع رسوم عالية من الحوزة، وبالتالي يؤدي إلى تثبيط طلبات الدائنين والمدينين على السواء.

٨- إلغاء إجراءات الإعسار بعد بدئها

٧٩- بالإضافة إلى الظروف التي يمكن فيها رفض طلب بدء الإجراءات على النحو الذي نوقش أعلاه (الفقرات ٦١-٦٣)، ستكون هناك أيضا حالات ينبغي فيها لقانون الإعسار أن يسمح بإلغاء الإجراءات بعد أن تكون قد بدأت فعلا. وستكون عملية الإلغاء وثيقة الصلة بقانون الإعسار بغض النظر عما إذا كان طلب المدين يستتبع بدء الإجراءات آليا، أم أنَّ القرار ببدء الإجراءات يصدر عن المحكمة. وفي كلتا الحالتين، يمكن أن تصبح المعلومات ذات الصلة بإلغاء الإجراءات متاحة في مرحلة لاحقة من الإجراءات أو قد تتغير الظروف. أما الأسس المستند إليها في إلغاء الإجراءات فهي من حيث الجوهر الأسسُ ذاتها المستند إليها في رفض الطلب، أي استخدام قانون الإعسار استخداما غير سليم، إما من جانب المدين أو من جانب الدائنين، أو عدم استيفاء المدين معايير بدء الإجراءات في وقت البدء.

التوصيات ١٤-٢٩

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام الخاصة ببدء إجراءات الإعسار هو:

(أ) تيسير استفادة المدينين والدائنين من سبل الانتصاف التي ينص عليها القانون؛

(ب) وضع معايير لبدء الإجراءات تتسم بالشفافية واليقين؛

(ج) تيسير تقديم طلبات من أجل إجراءات الإعسار، ومعالجة الطلبات بسرعة وكفاءة وبطريقة ناجعة التكلفة؛

(د) وضع ضمانات لحماية المدينين والدائنين على السواء من استخدام الإجراء المتعلق بالطلب استخداما غير سليم؛

(ه) إرساء اشتراطات بشأن الإشعار الفعال ببدء الإجراءات.

مضمون الأحكام التشريعية

معيار البدء

الأشخاص المسموح لهم بتقديم الطلب (الفقرات ٣٢-٥٣)

١٤- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الأشخاص المسموح لهم بطلب بدء إجراءات الإعسار، وينبغي أن يكون من بينهم المدين وأيٌّ من دائنيه.[١٥]

الطلب المقدَّم من المدين (الفقرات ٣٣-٣٦ فيما يتعلق بالتصفية والفقرات ٤٥-٤٧ فيما يتعلق بإعادة التنظيم)

١٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يمكن بدء إجراءات الإعسار بناء على طلب المدين، إذا كان بإمكان المدين أن يثبت:

(أ) أنه عاجز، أو سيكون عاجزا، عموما عن دفع ديونه عندما تصبح مستحَقَّة؛ أو

(ب) أنَّ التزاماته المالية تتجاوز قيمة موجوداته.[١٦]

الطلب المقدَّم من الدائنين (الفقرات ٣٧-٤١ فيما يتعلق بالتصفية والفقرات ٤٨-٥٣ فيما يتعلق بإعادة التنظيم)

١٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يمكن بدء إجراءات الإعسار بناء على طلب أحد الدائنين، إذا أمكن إثبات ما يلي:

(أ) أنَّ المدين عاجز عموما عن دفع ديونه عندما تصبح مستحَقَّة، أو

(15) يمكن أن يشمل هذا أي هيئة حكومية إذا كانت من دائني المدين.

(16) القصد من هذه التوصية والتوصية المتعلقة بطلبات الدائنين هو إتاحة المرونة للمشترعين في وضع معايير لبدء الإجراءات على أساس النهج القائم على اختبار وحيد أو على اختبارين معا. فعندما يعتمد قانون الإعسار نهجا قائما على اختبار وحيد، ينبغي أن يكون مستندا إلى عجز المدين عن دفع ديونه عندما تصبح مستحقة (اختبار التوقُّف عن السداد) وليس إلى اختبار الميزانية العامة. وعندما يتضمّن القانون الاختبارين معا (اختبار التوقُّف عن السداد واختبار الميزانية العامة)، يمكن بدء الإجراءات عند استيفاء أحد الاختبارين.

(ب) أنَّ التزامات المدين تتجاوز قيمة موجوداته.

افتراض عجز المدين عن سداد ديونه (الفقرة ٣٧)

١٧- يجوز أن يُرسي قانون الإعسار افتراضا بأنه، إذا عجز المدين عن سداد دين أو أكثر من ديونه التي أصبحت مستحَقَّة، ولم يكن الدَّين بكامله موضع نزاع مشروع أو مقاصة بمبلغ مساو لمقدار الدَّين المطالب به أو أكبر منه، اعتُبِر المدين عاجزا عموما عن دفع ديونه؛[١٧]

بدء الإجراءات بناء على طلب المدين (الفقرة ٦٥)

١٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه عندما يكون طلب بدء الإجراءات مقدَّما من المدين:

(أ) يؤدي الطلب إلى بدء إجراءات الإعسار آليا؛ أو

(ب) تقرّر المحكمة فورا ولايتها القضائية وما إذا كان المدين مؤهَّلا وما إذا كان معيار البدء قد استوفي، وفي تلك الحالة تبدأ إجراءات الإعسار.

بدء الإجراءات بناء على طلب الدائن (الفقرتان ٥٧ و٦٧)

١٩- ينبغي أن يبيّن القانون عموما وجوب القيام بما يلي عندما يقدّم أحد الدائنين طلب بدء الإجراءات:

(أ) إشعار المدين بالطلب فورا؛[١٨]

(17) في الحالات التي لم يقم فيها المدين بدفع دين مستحَق وحصل الدائن على حكم على المدين بشأن ذلك الدين، لن تكون هناك حاجة إلى افتراض لتقرير عجز المدين عن سداد ديونه. ويمكن للمدين أن يدحض الافتراض بأن يبيّن مثلا أنه قادر على سداد ديونه؛ أو أنَّ الدين موضع نزاع مشروع أو مقاصة؛ أو أنَّ الدين لم يستحق بعد. وتوفّر التوصيات بشأن الإشعار ببدء الإجراءات حماية للمدين باشتراطها إشعار المدين بطلب بدء الإجراءات وإتاحة الفرصة له لدحض الافتراض.

(18) عندما يكون مكان تواجد المدين مجهولا ويتعذّر الاتصال به، يجوز أن ينص القانون العام على قواعد بشأن الإشعار في تلك الظروف.

(ب) إعطاء المدين الفرصة للرد على الطلب، بالإعتراض عليه أو قبوله أو، عندما يكون الغرض من الطلب التصفية، بالتماس بدء إجراءات إعادة التنظيم؛

(ج) تقرير المحكمة ولايتها القضائية فورا وما إذا كان المدين مؤهلا وما إذا كان معيار البدء قد استوفي، وفي تلك الحالة بدء إجراءات الإعسار.[١٩]

رفض طلب بدء الإجراءات (الفقرات ٦١-٦٣)

٢٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، عندما يتعيّن عليها اتخاذ القرار بشأن بدء الإجراءات، أن ترفض طلب بدء الإجراءات وأن تفرض، عند الاقتضاء، تكاليف أو عقوبات على مقدِّم الطلب، إذا قررت:

(أ) أنها ليست لديها ولاية قضائية، أو أنَّ المدين ليس مؤهلا أو أنه لا يستوفي معيار البدء؛ أو

(ب) أنَّ الطلب يمثل استخداما غير سليم للقانون.

٢١- عندما يكون الطلب مقدَّما من الدائن، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار وجوب إشعار المدين فورا بقرار رفض الطلب.

الإشعار ببدء الإجراءات (الفقرات ٦٤-٧١)

٢٢- ينبغي أن يضع قانون الإعسار تدابير إجرائية للإشعار ببدء إجراءات الإعسار.

(19) يمكن أن يشمل تقريرُ استيفاء معيار البدء النظرَ فيما إذا كان الدين موضع نزاع مشروع أو مقاصة بمبلغ يساوي مقدار الدين أو أكبر منه. ويمكن أن يشكِّل وجود تلك المقاصة أساسا لإلغاء الطلب (انظر الفقرات ٦١-٦٣، أعلاه).

الإشعار العام (الفقرتان ٦٩ و٧٠)

٢٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنَّ وسائل الإشعار ببدء إجراءات الإعسار يجب أن تكون مناسبة(٢٠) لضمان أرجحية وصول المعلومات إلى علم الأطراف ذات المصلحة.(٢١) وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الطرف المسؤول عن توجيه ذلك الإشعار.

إشعار الدائنين (الفقرتان ٦٥ و٦٦)

٢٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يتعيّن إشعار فرادى الدائنين ببدء الإجراءات، إلا إذا رأت المحكمة أنَّ من الأنسب في الظروف الراهنة استعمال شكل آخر من أشكال الإشعار.(٢٢)

مضمون الإشعار (الفقرة ٧١)

٢٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنَّ الإشعار ببدء إجراءات الإعسار يجب أن يتضمّن:

(أ) المعلومات المتصلة بتقديم المطالبات، بما في ذلك زمان ومكان تقديمها؛

(ب) المتطلبات الإجرائية والشكلية بشأن تقديم المطالبات؛

(ج) عواقب عدم تقديم المطالبة وفقا للشرطين الواردين في الفقرتين (أ) و(ب) أعلاه؛

(د) المعلومات المتعلقة بالتحقق من المطالبات وتطبيق الوقف وآثاره واجتماعات الدائنين.

(20) إنَّ مسألة تحديد ما هو مناسب في حالة معيَّنة تشمل أيضا النظر في فعالية التكلفة، وينبغي لقانون الإعسار ألا يشترط، مثلا، النشر بتكلفة باهظة في صحيفة وطنية عندما يكون النشر في صحيفة محلية كافيا.

(21) الإشعار العام يوجّه عادة بواسطة إتاحة المعلومات في منشور من قبيل الجريدة الحكومية الرسمية، أو صحيفة وطنية أو إقليمية أو محلية رائجة، أو بواسطة الوسائل الإلكترونية، أو من خلال السجلات العمومية ذات الصلة.

(22) مسألة الإلزام بإعداد قائمة الدائنين الذين يتعيّن اعطاؤهم الإشعار عولجت في إطار التزامات ممثل الإعسار والمدين (انظر الفقرات ٢٢-٢٧ و٤٩-٥١ من الفصل الثالث).

المدينون الذين لديهم موجودات غير كافية (الفقرات ٧٢-٧٥)

٢٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار معاملة المدينين الذين لا تكفي موجوداهم ومصادر دخلهم لدفع تكاليف إدارة إجراءات الإعسار. ويجوز اتباع نُهج مختلفة، منها ما يلي:

(أ) رفض الطلب، إلا إذا كان المدين فردا يستحق ابراء الذمة؛ أو

(ب) بدء الإجراءات عندما تتاح آليات مختلفة بشأن تعيين ممثل الإعسار وأجره.[٢٣]

إلغاء إجراءات الإعسار بعد بدئها (الفقرة ٧٩)

٢٧- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للمحكمة بإلغاء الإجراءات إذا قررت المحكمة بعد بدء الإجراءات، مثلا:

(أ) أنَّ الإجراءات تمثل استخداما غير سليم لقانون الإعسار؛ أو

(ب) أنَّ المدينَ لم يكن مؤهلا أو لم يستوف معيار البدء وقت بدء الإجراءات.

٢٨- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، في حال إلغاء الإجراءات، أن تفرض تكاليف أو عقوبات، حسب الاقتضاء، على مقدِّم طلب بدء الإجراءات.

٢٩- ينبغي أن يشترط قانون الإعسار الإشعار بقرار إلغاء الإجراءات.

جيم- القانون المنطبق في إجراءات الإعسار*

١- مقدّمة

٨٠- عندما تشمل إجراءات الإعسار أطرافا أو موجودات في دول مختلفة، قد تُثار أسئلة معقّدة بشأن القانون الذي سوف يُطبَّق على مسألتي صحة الحقوق في تلك الموجودات أو

(23) فيما يتعلق بآليات التعيين، انظر الفقرات ٤٤-٤٧ من الفصل الثالث؛ وفيما يتعلق بأجره، انظر الفقرات ٥٣-٥٩ من الفصل الثالث.

* هذا الباب أُعدّ بالتعاون الوثيق مع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

غيرها من المطالبات وسريانها؛ وبشأن معاملة تلك الموجودات وحقوق تلك الأطراف الأجنبية ومطالباتها في إجراءات الإعسار. وفي حالة إجراءات الإعسار في دعاوى من هذا القبيل، تطبّق دولة المحكمة المعنيَّة عادة قواعدها في إطار القانون الدولي الخاص (أو قواعد تنازع القوانين) لتحديد القانون المنطبق على صحة وسريان حق أو مطالبة ما وعلى معاملتهما في إجراءات الإعسار. ولا يتضمّن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث) قواعد متوائمة بشأن تنازع القوانين لكي تعتمدها الدول المشترعة، وبالتالي يترك هذه المسائل لكي تُعالج حسب القواعد والممارسات السارية. ومع أنَّ إجراءات الإعسار قد يحكمها عادة قانون الدولة التي تبدأ فيها تلك الإجراءات (قانون دولة محكمة الإعسار)، فقد اعتمدت دول كثيرة إستثناءات من تطبيق ذلك القانون تختلف في عددها وفي نطاقها على حد سواء. ومن شأن هذا التنوّع في عدد الاستثناءات وفي نطاقها أن يحدِث عدم يقين وعدم قدرة على التنبؤ لدى الأطراف المشمولة بإجراءات الإعسار عبر الحدود. ويمكن لقانون الإعسار، بمعالجته مسائل القانون الواجب التطبيق تحديدا معالجة تتسم بالشفافية وتتيح قابلية التنبؤ، أن يساعد على توفير اليقين فيما يخص آثار إجراءات الإعسار في حقوق ومطالبات الأطراف التي تمسها تلك الإجراءات.

٢- القانون المنطبق على صحة الحقوق والمطالبات وسريانها

٨١- في بيئة محلية صرفة، لا "ينشئ" قانون الإعسار حقوقا (شخصية أو في الملكية) أو مطالبات، بل ينبغي أن يحترم الحقوق والمطالبات المكتسبة حيال المدين وفق قوانين منطبقة أخرى، أي القانون المدني أو التجاري أو العام. كما إن قانون الإعسار يُعنى بتحديد الوضع النسبي لكل من هذه الحقوق والمطالبات بعد بدء إجراءات الإعسار، وبوضع القيود والتعديلات التي ستخضع لها في إجراءات الإعسار، حسب الاقتضاء، من أجل تحقيق مجموع الأهداف التي ترمي إليها تلك الإجراءات. وهذه الضوابط والقيود هي "آثار الإعسار" لأنها تنشأ منذ بدء إجراءات الإعسار حيال المدين.

٨٢- وفي سياق الإعسار عبر الحدود، من الأساسي التمييز بين إنشاء الحقوق والمطالبات بموجب القانون المعيّن بصفته القانون المنطبق (القانون الموضوعي سواء المحلي أو الأجنبي) وفقا لقواعد تنازع القوانين في دولة المحكمة التي تقام فيها الدعوى وآثار الإعسار في تلك الحقوق والمطالبات. وبما أن قانون الإعسار لا ينشئ حقوقا ولا مطالبات، كما سبق ذكره، فإنّ مسألة ما إذا كان قد تم إنشاء حق أم مطالبة ما، ومضمون ذلك الحق أو تلك المطالبة، تندرج ضمن حقل القواعد العامة لتنازع القوانين. فمن المعهود، مثلا في نطاق القواعد

العامة لتنازع القوانين، أن يحدّد القانون الذي يحكم العقد ما إذا كانت هناك مطالبة تعاقدية حيال الكيان المدين المعسر، ومبلغ تلك المطالبة؛ وأن يحدّد قانون موقع المال ما إذا كانت المصلحة الضمانية في الموجودات الثابتة قد أُنشئت لصالح دائن معيَّن، وما إلى ذلك. وفي هذا المجال، تُطبّق كل دولة قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين، كما تطبّق أي اتفاقيات دولية سارية. وفي حال قيام إجراءات إعسار، تطبّق دولة المحكمة في العادة قواعدها بشأن تنازع القوانين لتحديد أي قانون يحكم صحة وسريان حق أو مطالبة ما قبل النظر في أسلوب معالجة هذا الحق أو هذه المطالبة في إجراءات الإعسار هذه. ومن المهم التأكيد على أنَّ تحديد الصحة والسريان ليس مسألة من مسائل الإعسار، وإنما هو مسألة تتعلق بالقانون الآخر الواجب التطبيق.

٣- القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار

٨٣- حالما تُحدَّد صحة وسريان حق أو مطالبة ما بموجب القانون الذي عُيِّن بصفته القانون المنطبق بمقتضى قواعد تنازع القوانين للبلد الذي تكون فيه محكمة الدعوى، تطرح مسألة ثانية تتعلق بأثر إجراءات الإعسار في ذلك الحق أو تلك المطالبة، أي ما إذا كان سيُعترف بها وستُقبل في إجراءات الإعسار، وفي تلك الحالة تحديد وضعها النسبي. فهذه مسألة تتعلق بالإعسار. ومن وجهة نظر تنازع القوانين، تكمن المشكلة في هذه المرحلة الثانية في تحديد القانون المنطبق على آثار الإعسار هذه. ومن المعهود أن يحكم قانون الدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار، أي قانون دولة محكمة الإعسار، بدء هذه الإجراءات، وتسييرها وإدارتها وختامها. وهذا يشمل عموما، على سبيل المثال، تحديد المدينين الذين قد يخضعون لقانون الإعسار، والأطراف التي يمكنها أن تتقدّم بطلب لبدء إجراءات الإعسار، واختبارات الأهلية التي يتعيّن استيفاؤها؛ وآثار البدء، بما في ذلك نطاق تطبيق الوقف؛ وتنظيم الحوزة وإدارتها؛ وصلاحيات المشاركين ووظائفهم؛ وقواعد جواز قبول المطالبات؛ وأولويات المطالبات ومراتبها؛ وقواعد التوزيع. وبناء عليه، فإنّ هذا القانون سيحكم بصفة عامة آثار الإعسار في الحقوق والمطالبات المكتسبة بشكل صحيح بموجب القانون الأجنبي، مثلا، أي ما إذا كانت الحقوق أو المطالبات، بحكم طبيعتها وشروطها، جائزة القبول في حالة إعسار المدين وكيف سيُصنّف ترتيبها.

٨٤- وقد تنشأ المشاكل عندما يختلف القانون الذي يحكم ترتيب المطالبات عن القانون المنطبق الذي هو غير قانون الإعسار والذي يحكم المطالبة،. وقانون دولة محكمة الإعسار هو الذي يقرر دائما فئات الامتيازات والأولويات الموجودة وترتيب المطالبات. وفي الأحوال

العادية، عند تقرير هذه الفئات والمراتب، يراعي قانون الإعسار في دولة ما وجود تلك المطالبات بموجب القانون المحلي للدولة. غير أن مطالبة الدائن يجوز تكوينها وفقا لقانون أجنبي. وفي هذه الحالة، يصبح من الضروري تحديد المطالبات المنشأة بموجب القانون الأجنبي المؤهلة لأن تعتبر معادلة للمطالبات في القانون المحلي التي تمنح امتيازات أو أولويات معيَّنة. وبعبارة أخرى، من الضروري دراسة مسألة ما إذا كان نوع المطالبة الناشئة بموجب القانون الأجنبي "معادلا" لنوع المطالبة التي يمنحها قانون دولة محكمة الإعسار وضعا خاصا في إجراءات الإعسار. أمَّا الاختبار الذي يجب تطبيقه، فهو ما إذا كانت أم لم تكن المطالبتان، بالنظر إلى مضمونهما الأساسي وإلى وظيفتهما، تتطابقان معا بحيث يمكن اعتبارهما "متعاوضتين وظيفيا ". وإذا كان الرد بالإيجاب، وجب عندئذ اعتبار المطالبتين متعادلتين وأن تحظيا بالمعاملة ذاتها في إجراءات الإعسار. أما في حال تعذّر إثبات هذا التعادل، فإنّ المطالبة تُعامَل عموما بصفتها مطالبة عادية.

٤– القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار

٨٥– بغية تحديد آثار الإعسار في الحقوق والمطالبات الصحيحة والسارية، تعتمد بعض القوانين استثناءات من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار. وليس الغرضُ من الاستثناء تغيير القانون المنطبق على مسألة الصحة وقابلية النفاذ (التي تظل تحكمها القاعدة العامة لتنازع القوانين في البلد الذي تُقام فيه الدعوى)، وإنما تغيير القانون المنطبق على آثار الإعسار. وعوضا عن تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار على آثار الإعسار، يمكن مثلا أن يُطبَّق على آثار الإعسار القانون ذاته المنطبق على مسألة الصحة والسريان. فمثلا، يمكن تحديد آثار الإعسار في حق المقاصة ليس بمقتضى قانون دولة محكمة الإعسار، وإنما بمقتضى القانون المنطبق على حق المقاصة. وقد اعتمدت مختلف قوانين الإعسار أمثلة أخرى من الاستثناءات من تطبيق قانون الدولة التي تُقام فيها الدعوى بغية معالجة القانون المطبّق على نُظُم المدفوعات وعقود العمل وأحكام الإبطال والحقوق في الممتلكات.

(أ) نُظُم المدفوعات والتسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي

٨٦– تستجيب الاستثناءات من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار، عموما، لاعتبارات معيَّنة خاصة بالسياسة العامة الاجتماعية. فبعض القوانين يُركِّز مثلا على دعم اليقين التجاري والتقليل من المخاطر للأطراف في المعاملات التجارية. فالأطراف في معاملة ما تشكِّل علاقاتها

استنادا إلى بيئة قانونية محدّدة تتضمّن النظر في مدى تمتع حقوقها بالحماية في حال إعسار المدين، وهذا أشيع المخاطر التي تواجه أيّ دائن. وقد يكون تطبيق القانون الذي أُنشئت بموجبه هذه الحقوق أو المطالبات، بوجه عام، أقل تكلفة على الدائن لكي يعلم به، كما إنه يمكن أن يتيح قابلية تنبؤ أكبر بآثار الإعسار، ويمكن أن يكون من الأصعب على المدين التلاعب به لاحقا، مقارنة بتطبيق قانون مركز مصالح المدين الرئيسية أو مكان إقامته. واستنادا إلى هذا، يمكن المحاجّة بأنه سيكون من المعقول، في ظروف معيَّنة، السماح للأطراف بالاعتماد على القانون الذي أُنشئت بموجبه الحقوق أو المطالبات، وحمايتها في ذلك. ومن الأمثلة الرئيسية على ذلك نظم المدفوعات أو التسويات والأسواق المالية الخاضعة للتنظيم الرقابي التي تعترف قوانين إعسار كثيرة بأنها تتطلب استثناء من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار. فبتطبيق القانون الواجب تطبيقه على نظام المدفوعات أو على السوق الخاضعة للتنظيم الرقابي، يمكن اجتناب تغيير آليات المدفوعات والتسويات في حال إعسار أحد المشاركين، وبالتالي حماية اليقين والثقة في النظام أو السوق بوجه عام، وتجنّب المخاطر المحتملة ضمن النظام.

(ب) عقود العمل

٨٧- يعتمد بعض القوانين استثناءات للحفاظ على حقوق أو مصالح معيَّنة يحميها قانون الدولة بوجه خاص من حالات عدم اليقين أو عدم الاتساق التي قد تنتج عن تطبيق آثار الإعسار المنصوص عليها في قانون دولة محكمة الإعسار الأجنبية. أما فيما يخص عقود العمل، مثلا، فيمكن منح ضروب من الحماية الخاصة (غالبا ما تكون إجبارية) في شكل شبكة سلامة مالية بشأن العمال، أو في شكل قيود تُفرض على رفض أو تغيير تلك العقود في حالة الإعسار. ويكمن الأساس المنطقي لهذه الأحكام في حماية التوقّعات المعقولة لدى الموظفين فيما يخص عقود عملهم، إذ هي تعترف بأنَّ العاملين قد يكونون في وضع تفاوضي أضعف نسبيا من وضع أرباب العمل، وفي ضمان عدم التمييز بين العاملين الذين يمارسون عملهم في الدولة ذاتها، سواء أكان مستخدِمُهم ربَّ عمل محليا أم أجنبيا. وتنطبق أحكام الحماية هذه، في بعض الدول، على عقود التوظيف الفردية فقط، بينما هي تنطبق، في دول أخرى، على الاتفاقات التفاوضية الجماعية أيضا.

(ج) المصالح الضمانية

٨٨- يعتمد بعض قوانين الإعسار أيضا النهج المتمثل في توفير استثناء من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار فيما يتعلق بالمصالح الضمانية. وهذا الحلُّ يعني أنَّ القانون الذي يحكم الحق العيني لا يحدّد إنشاء هذا الحق وصحته بوجه عام فحسب، وإنما يحدّد أيضا سريانه في

حال إجراءات الإعسار. وبعبارة أخرى، فإنّ وضع المصلحة الضمانية الحقيقية في إجراءات الإعسار التي تبدأ في الخارج لا يحدده قانون دولة محكمة الإعسار، بل تحدده قواعد الإعسار في القانون المنطبق على المصلحة الضمانية. ولولا ذلك، لكان من المحتمل أن يؤثّر تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار في الإطار القانوني للإقراض المضمون، بإدراج عامل من عوامل عدم الاستقرار من شأنه أن يزيد من تكلفة التمويل المحلية. وإذا ما أُقحمت الإجراءات الأجنبية على المصالح الضمانية المحلية، لربما تضرّرت قيمة تلك المصالح الضمانية تضررا كبيرا. وكذلك، فإنّ من شأن نقل مركز مصالح المدين الرئيسية إلى دولة أخرى أن يغيّر وضع الطرف المضمون تغييرا جذريا. ويمكن أن تخضع حقوق المقّاصة أيضا، كما هو مشار إليه أعلاه، لقانون غير قانون الدولة التي تُقام فيها الدعوى، لأسباب تتعلق بتوقّعات الأطراف، وخاصة إذا باشرت معاملات منتظمة فيما بينها.

(د) أحكام الإبطال

٨٩- إنَّ الأساس المنطقي لدعم اليقين وتقليل المخاطر يمكن اعتماده أيضا في تطبيق أحكام الإبطال. فالعديد من قوانين الإعسار ينص على أنَّ القانون الذي يحكم إبطال المعاملات ينبغي أن يكون قانون دولة محكمة الإعسار، حتى في الأحوال التي تكون فيها المعاملات المُراد إبطالها، بموجب القواعد العامة لتنازع القوانين لدى دولة المحكمة، محكومة بقانون أجنبي. وتعتمد قوانين أخرى على القانون الذي يحكم المعاملة لكي يحكم دعاوى إبطال المعاملة أيضا. والسياسة العامة التي تنطوي عليها هذه الاستثناءات من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار تحمي الطرف المقابل واعتماده على القانون الذي يحكم المعاملة. وقد يوفّر اتّباع هذا النهج للأطراف المقابلة درجة من اليقين والقدرة على التنبؤ بأن معاملتها هذه مع المدين لن تكون لاحقا موضع طعن في إجراءات إعسار، كما إنه قد يساعد على تخفيف تكلفة القرض الائتماني والمعاملات التجارية بسبب تناقص احتمالات إبطال العقد (وهذا قد يكون أساسيا في حالة المعاملات التي تتمّ في نظام من نظم المدفوعات أو التسويات).

٩٠- ويتبع بعض القوانين التي تعتمد على القانون الذي يحكم المعاملات لكي يحكم دعاوى الإبطال نهجا يجمع بين قانون دولة محكمة الإعسار والقانون الذي يحكم المعاملة، وذلك بطريقة من طرائق عدّة. فأحد هذه النهُج يتمثل في أنَّ المعاملة لن تخضع للإبطال في الإعسار، إلا إذا كان إبطالها جائزا بموجب كل من قانون الدولة التي بدأت فيها إجراءات الإعسار والقانون الذي يحكم المعاملة. ويتمثل نهج ثانٍ في أنه يمكن إبطال معاملة ما إذا كان إبطالها ممكنا بموجب أي من هذين القانونين. فأحد القوانين، مثلا، ينص على أن قانون

الدولة التي تُرفع فيها الدعوى يُطبَّق على الإبطال، لكنَّ هذا القانون يعترف بتطبيق قانون آخر عندما يكون ذلك القانون الآخر أكثر صرامة من قانون المحكمة التي تُقام فيها الدعوى، ومن شأنه أن يؤدي إلى إبطال مجموعة أوسع من المعاملات.

٥- تحقيق توازن بين استحسان إدراج استثناءات وأهداف إجراءات الإعسار

٩١- من الأمور الحاسمة الموازنة بين الاعتبارات السياساتية، التي تشكّل الأساس الذي يستند إليه الاستثناء من تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار، وغيرها من الاعتبارات التي هي رئيسية في إجراءات الإعسار، وخاصة منها هدف زيادة قيمة حوزة الإعسار إلى أقصى حد لصالح جميع الدائنين، لا لدائنين فرادى محدّدين، ومعاملة جميع الدائنين ذوي الأوضاع المتماثلة على قدم المساواة. وسيُعيَّن قانون المحكمة التي تُرفع إليها الدعوى لدعم أهداف الإعسار المحدّدة في تلك الدولة، وسيوفّر ذلك القانون اليقين لممثل الإعسار لدى قيامه بعديد من الوظائف المتعلقة بإجراءات الإعسار، بما فيها إبطال المعاملات، ومعالجة العقود، ومعالجة المطالبات، وما إلى ذلك. ومن شأن تطبيق هذا القانون في إجراءات الإعسار أن يحول دون حدوث نزاعات قد تكون مطوَّلة ومكلِّفة لتحديد مسائل القانون الواجب التطبيق لأغراض آثار الإعسار، وصحة وسريان الحقوق أو المطالبات بالنظر لآثار الإعسار بموجب قانون الدولة التي تُقام فيها الدعوى. وبالتالي، ففي العديد من الظروف، يمكن أن يؤدي تطبيق قانون دولة محكمة الإعسار بشأن آثار الإعسار إلى التقليل من التكلفة وحالات التأخر، ويمكن أن يزيد بالتالي من قيمة حوزة الإعسار إلى أقصى حد لصالح جميع الدائنين. وعلاوة على ذلك، فإنّ تطبيق استثناء من قانون دولة محكمة الإعسار بشأن آثار الإعسار قد تترتب عليه معاملة متباينة لآثار الإعسار في دائنين لهم أوضاع متماثلة، لمجرد أنَّ حقوقهم ومطالباتهم يحكمها قانون منطبق مختلف. وقد يُحاجّ، مثلا، بأنَّ قواعد المقاصة لدى محكمة الدولة التي تُقام فيها الدعوى ينبغي أن تُطبَّق على المطالبات، على أساس أنَّ حقوق المقاصة ترتبط، في قضايا الإعسار، ارتباطا وثيقا بإثبات المطالبات وتحديدها الكمي وبالسياسات التي تحكم معاملة الدائنين على قدم المساواة. وبما أنَّ هذه المسائل ينظمها قانون الدولة التي تُقام فيها الدعوى، ينبغي أن ينظّم هذا القانون حقوق المقاصّة أيضا.

التوصيات ٣٠-٣٤

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالقانون المنطبق في إجراءات الإعسار هو:

(أ) تيسير التجارة عن طريق الاعتراف في إجراءات الإعسار بالحقوق والمطالبات التي تنشأ قبل بدء إجراءات الإعسار والقانون الذي سيُطبّق على صحة وسريان تلك الحقوق والمطالبات؛

(ب) تحديد القانون المنطبق في إجراءات الإعسار والاستثناءات من تطبيقه، إن وُجدت.

مضمون الأحكام التشريعية

القانون المنطبق على تحديد صحة الحقوق والمطالبات وسريانها (الفقرتان ٨١ و٨٢)

٣٠- ينبغي تعيين القانون المنطبق على تحديد صحة وسريان الحقوق والمطالبات القائمة وقت بدء إجراءات الإعسار، وذلك بموجب قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار.

القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: قانون دولة محكمة الإعسار (الفقرتان ٨٣ و٨٤)

٣١- ينبغي أن يطبَّق قانون الإعسار للدولة التي تبدأ فيها إجراءات الإعسار (قانون دولة محكمة الإعسار) على كل جوانب بدء تلك الإجراءات وتسييرها وإدارتها واختتامها، وعلى آثار تلك الإجراءات. وهذه الجوانب يمكن أن تشمل، على سبيل المثال، ما يلي:

(أ) تحديد المدينين الذين يجوز أن يخضعوا لإجراءات الإعسار؛

(ب) تقرير الوقت الذي يمكن فيه بدء إجراءات الإعسار ونوع الإجراءات التي يمكن بدؤها والطرف الذي يمكن له أن يطلب بدء الإجراءات وما إذا كان ينبغي لمعايير بدء الإجراءات أن تختلف تبعا للطرف الذي يطلب البدء؛

(ج) تشكيل حوزة الإعسار ونطاقها؛

(د) حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها؛

(هـ) استخدام الموجودات أو التصرّف فيها؛

(و) اقتراح خطة لإعادة التنظيم والموافقة عليها وإقرارها وتنفيذها؛

(ز) إبطال بعض المعاملات التي يمكن أن تكون ضارة لبعض الأطراف؛

(ح) معالجة العقود؛

(ط) المقاصة؛

(ي) معاملة الدائنين المضمونين؛

(ك) حقوق المدين والتزاماته؛

(ل) واجبات ممثل الإعسار ومهامه؛

(م) مهام الدائنين ولجنة الدائنين؛

(ن) معالجة المطالبات؛

(س) ترتيب المطالبات؛

(ع) التكاليف والنفقات المتعلقة بإجراءات الإعسار؛

(ف) توزيع العائدات؛

(ص) اختتام الإجراءات؛

(ق) إبراء الذمة.

الاستثناءات من تطبيق قانون إجراءات الإعسار (الفقرات ٨٥-٩٠، وتحديدا الفقرتان ٨٦ و٨٧)

٣٢- على الرغم من التوصية ٣١، ينبغي أن يحكم آثارَ إجراءات الإعسار في حقوق والتزامات المشاركين في نظام من نظم المدفوعات أو التسويات أو في سوق مالية منظّمة رقابيا القانونُ الواجب تطبيقه على ذلك النظام أو تلك السوق فقط.

٣٣- على الرغم من التوصية ٣١، يجوز أن يحكم القانونُ المطبّق على العقد آثارَ إجراءات الإعسار في رفض عقود العمل ومواصلتها وتعديلها.

٣٤- ينبغي أن يكون عدد أي استثناءات تضاف إلى التوصيتين ٣٢ و٣٣ محدودا، كما ينبغي تبيانها أو ذكرها بوضوح في قانون الإعسار.

ثانيا– معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار

ألف– الموجودات التي تشكّل حوزة الإعسار

١– مقدّمة

١– من الأمور الأساسية لإجراءات الإعسار ضرورة تحديد موجودات المدين وجمعها والحفاظ عليها والتصرّف فيها. وتُخضع نظم إعسار عديدة تلك الموجودات لنظام خاص يشار إليه أحيانا بمصطلح حوزة الإعسار، ويكون لممثل الإعسار صلاحيات محدّدة بشأنها مع استثناءات معيَّنة.

٢– ويستخدم هذا الدليل التشريعي كلمة "الحوزة" بمعناها الوظيفي للإشارة إلى موجودات المدين التي يسيطر عليها ممثل الإعسار وتخضع لإجراءات الإعسار. وهناك بعض الفروق الهامة في طريقة فهم مفهوم حوزة الإعسار في مختلف الولايات القضائية. ففي بعض الدول، ينص قانون الإعسار على أنّ الملكية القانونية للموجودات تحال إلى المسؤول المعيَّن (ممثل الإعسار عموما). وفي دول أخرى، يظل المدين هو المالك القانوني للموجودات، ولكن صلاحياته لإدارة الموجودات والتصرف فيها تكون محدودة. فإمّا تؤول السيطرة التامة على الموجودات لممثل الإعسار، أو لن يكون المدين قادرا على التعامل بالموجودات إلا في سياق العمل المعتاد، بينما يتطلَّب استخدامُها أو التصرف فيها خارج سياق العمل المعتاد، بما في ذلك إنشاء مصالح ضمانية، موافقةَ ممثل الإعسار أو، في بعض الحالات، موافقة المحكمة أو الدائنين.

٣– وبغضّ النظر عن العرف القانوني الساري، سيكون من الضروري أن يحدّد قانون الإعسار بوضوح الموجودات التي ستكون خاضعة لإجراءات الإعسار وستندرج بالتالي ضمن مفهوم الحوزة بمعناه المناقش في هذا الدليل، وأن يبيّن كيف ستتأثر الموجودات بتلك الإجراءات، وأن يوضح كذلك الصلاحيات النسبية لمختلف المشاركين. وسيقرِّر تحديدُ الموجودات وكيفية معاملتها نطاقَ الإجراءات وكيفيةَ تسييرها وسيكون له، في إعادة التنظيم بصورة خاصة، أثر هام في احتمال نجاح تلك الإجراءات. ومن شأن إدراج أحكام واضحة وشاملة بشأن هذه المسائل ضمن قانون الإعسار أن يضمن الشفافية وإمكانية التنبؤ للدائنين والمدين على السواء.

٢- الموجودات المدرجة في حوزة الإعسار

(أ) تعريف عام لحوزة الإعسار

٤- يمكن أن يُتَوقع أن تشمل الحوزة جميع موجودات المدين، بما في ذلك حقوقه ومصالحه في تلك الموجودات أينما كانت، سواء أكانت في دولة المحكمة التي تقام فيها الدعوى أم في دولة أجنبية، وسواء أكانت أم لم تكن في حيازة المدين عند بدء الإجراءات، وبما فيها جميع الموجودات الملموسة (سواء أكانت منقولة أم ثابتة) وغير الملموسة. ويُتَوقع أن تشمل أيضا حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المرهونة وفي الموجودات التي تملكها أطراف ثالثة (في الحالات التي قد يكون فيها استمرار استخدام الحوزة لتلك الموجودات خاضعا لأحكام أخرى من قانون الإعسار – انظر الفقرتين ٩٠ و٩١ من الفصل الثاني). وبوجه عام، ستشمل الحوزة أيضا الموجودات التي يحصل عليها المدين أو ممثل الإعسار بعد بدء إجراءات الإعسار (رهنا باستثناءات محدّدة تنطبق عندما يكون المدين شخصية طبيعية – انظر أدناه)، كما ستشمل الموجودات المستردَّة من خلال إجراء الإبطال أو غيره من الإجراءات. وبعض هذه الموجودات يمكن بيعه أو تبادله بحرية أثناء سير الإجراءات، في حين أن بعضها الآخر قد يكون خاضعا لتقييدات ناشئة عن قانون العقود أو قانون آخر (مثلا الرخصة الحكومية غير القابلة للإحالة أو قائمة الزبائن الخاضعة لقيود الخصوصية) أو قد تنطوي على مشاكل الوساطة التي يمكن أن تنشأ فيما يتعلق بحقوق أخرى في تلك الموجودات. وعلى الرغم من هذه التقييدات، فإنّ من المستصوب إدراج هذه الموجودات في الحوزة.

٥- وينبغي العثور على الموجودات الملموسة بسهولة في كشوف ميزانية المدين، ومنها مثلا النقود والمعدات والمخزون والأشغال الجارية والحسابات المصرفية والحسابات المستحقة والعقارات. بيد أن الموجودات التي يتعيَّن إدراجها في فئة الموجودات غير الملموسة قد يختلف تعريفها من دولة إلى أخرى وفقا للقانون الوطني، ولكنها قد تشمل الملكية الفكرية والأوراق المالية والمستندات المالية وسندات التأمين والحقوق التعاقدية (بما في ذلك المتصل منها بالموجودات التي تملكها أطراف ثالثة) وحقوق إقامة دعوى بسبب مضارّة.[١] وقد يثير إدراج بعض الموجودات غير الملموسة في الحوزة حالات تنازع مع قوانين أخرى، كالقوانين

(1) عندما يكون المدين شخصية طبيعية، تستبعد بعض الولايات القضائية مضارات ذات طابع شخصي، كالتشهير والنيل من المكانة أو السمعة أو الاصابة البدنية الشخصية، حيث يظل يحق للمدين شخصيا أن يقاضي وأن يستبقي المسترد على أساس أن الحافز على إثبات وقوع الضرر سيضعف بدون ذلك، ولكن لا يجوز أن يحق له أن يقاضي على أي خسارة في مكاسب مرتبطة بأسباب الدعوى.

المقيدة لإمكانية الإحالة أو القوانين المتعلقة بحماية الخصوصية. وفيما يخص الشخصيات الطبيعية، قد تشمل الحوزة أيضا موجودات أخرى مثل حقوق الإرث التي يكون للمدين مصلحة فيها أو يحقُّ له امتلاكها وقت بدء إجراءات الإعسار أو تنشأ أثناء إجراءات الإعسار، وكذلك مصلحة المدين في الموجودات التي يتشارك المدين في امتلاكها مع شخص آخر، بمن في ذلك زوجه.

٦– ومع أنَّ من المستصوب صوغ تعريف واسع للحوزة، فإنّ إدراج عدد من أنواع الموجودات يمكن أن يكون مثيرا للخلاف. فيمكن إدراج بعض الموجودات في الحوزة بدون صعوبة، ومنها مثلا الموجودات التي تخص المدين وليست مرهونة، والموجودات التي لا ينازع عليها طرف ثالث، والموجودات التي يستردها ممثل الإعسار، سواء من خلال مطالبات إزاء طرف ثالث أو من خلال إجراءات الإبطال. ويمكن استبعاد بعض الموجودات من الحوزة بدون صعوبة، ومنها مثلا الموجودات التي تخص طرفا ثالثا، وليس للمدين مصلحة فيها، والموجودات التي لزوج المدين كامل حقوق الملكية فيها. أما موجودات أخرى مثل الموجودات المرهونة والموجودات المشتركة والموجودات في الخارج وبعض الموجودات غير الملموسة والموجودات التي يملكها طرف ثالث وللمدين مصلحة فيها، فيمكن أن تثير مسائل عويصة. وسيجري بحثها في الأقسام التالية.

(ب) الموجودات المرهونة

٧– ثمة مسألة هامة إلى حد ما، وهي ما إذا كان قانون الإعسار يشمل الموجودات المرهونة باعتبارها جزءا من حوزة الإعسار. وتعتمد قوانين الإعسار نُهُجاً مختلفة إزاء معاملة تلك الموجودات. وتنص قوانين كثيرة على إدراج الموجودات المرهونة في حوزة الإعسار، ويُحدث بدء إجراءات الإعسار آثاراً مختلفة، منها، مثلا، الحد من إنفاذ المصالح الضمانية بتطبيق الوقف. فإدراج الموجودات المرهونة في الحوزة، وبالتالي تقييد ممارسة الدائنين المضمونين الحقوقَ عند بدء الإجراءات، قد يساعد لا على ضمان معاملة الدائنين معاملة متساوية فحسب، بل قد يكون كذلك حاسما للإجراءات عندما تكون الموجودات المرهونة أساسية للمنشأة. فمثلا، إذا كانت المعدّات الصناعية أو مباني المصنع المستأجرة أساسية لعمليات منشأة المدين، فإنّ إعادة تنظيم المنشأة أو بيعها كمنشأة عاملة لا يمكن أن يتم ما لم يتسنّ الاحتفاظ بالمعدات والمباني المستأجرة لغرض الإجراءات. وستحقق إتاحة جميع موجودات المدين لحوزة الإعسار منذ بدء الإجراءات مزايا، خاصة في حالة إعادة التنظيم، وكذلك في حالة التصفية إذا كان يراد بيع المنشأة كمنشأة عاملة.

٨- وعندما تكون الموجودات المرهونة مدرجة في حوزة الإعسار، ينص عدد من قوانين الإعسار على بعض تدابير الحماية، منها التدابير المتصلة بالحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة أو الجزء المرهون من مطالبة الدائن، وبحالات محدّدة يجوز فيها فصل الموجودات المرهونة عن الحوزة. وينبغي أن يوضِّح قانون الإعسار أنَّ هذا الإدراج لن يحرم الدائنين المضمونين من حقوقهم في الموجودات المرهونة، حتى ولو كان مفعوله يسري فعلا للحد من ممارسة تلك الحقوق (مثلا التأجيل بتطبيق الوقف)، كما ينبغي أن يكفل على وجه التحديد حقوق الدائنين المضمونين في الموجودات المرهونة.

٩- وتنص قوانين إعسار أخرى على أنّ الموجودات المرهونة لا تتأثّر بإجراءات الإعسار، وأنه يجوز للدائنين المضمونين أن يمضوا في إنفاذ حقوقهم القانونية والتعاقدية. ومع الاعتراف بوجود حالات قد تكون فيها الموجودات المرهونة ذات أهمية حاسمة للإجراءات، هناك أمثلة لقوانين تنص على أنه، حتى في حال عدم تأثّر تلك الموجودات بالإعسار، قد يُطلَب إلى المحكمة أن تمنع الإنفاذ عندما تكون الموجودات ضرورية لاستمرار عمل المنشأة. وقد يكون لاستبعاد الموجودات المرهونة مزية تحسين توافر الائتمان بوجه عام لأن الدائنين المضمونين سوف يطمئنون إلى أنَّ بدء إجراءات الإعسار لن يؤثِّر سلبا في مصالحهم. بيد أن هناك اعترافا متزايدا بأن هذه المزية العامة للاقتصاد ترجح عليها المزايا الناجمة عن إدراج الموجودات المرهونة ضمن حوزة الإعسار وتقييد ممارسة الدائنين المضمونين حقوقَهم كما لوحظ أعلاه.

(ج) الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة

١٠- تسمح بعض الولايات القضائية بفصل الموجودات التي يحتفظ فيها الدائن بحق ملكية قانوني أو بملكية قانونية (كالاحتفاظ بحق ملكية قانوني أو بترتيبات إجارة) عن حوزة الإعسار على أساس أنَّ قانون الإعسار ينبغي أن يحترم حقَّ الملكية القانوني للدائنين فيها. وفي بعض الولايات القضائية، قد يكون فصل الموجودات خاضعا لأحكام قانون الإعسار المتعلقة بمعاملة العقود. ولكن الحوزة بوجه عام،كما ورد في تعريفها العام أعلاه، ستشمل أي حقوق قد تكون للمدين فيما يتعلق بتلك الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة. وستوجد حالات قد تكون فيها الموجودات المملوكة لأطراف الثالثة، ومنها مثلا الموجودات المرهونة، ذات أهمية حاسمة لاستمرار عمل المنشأة، سواء في حال إعادة تنظيمها أم في حال بيعها كمنشأة عاملة في سياق التصفية. ومن المفيد في تلك الحالات أن يتضمّن قانون الإعسار آلية تسمح باستبقاء تلك الموجودات المملوكة لأطراف الثالثة تحت تصرف إجراءات الإعسار، رهنا بحماية مصالح الطرف الثالث المالك ورهنا بحق الطرف الثالث في الاعتراض على تلك المعاملة.

١١– وإذا كانت الشروط الاقتصادية للمعاملة تثبت أن المعاملة وسيلة لتمويل حيازة موجودات، وإن كانت مهيكلة، مثلا، في شكل عقد إيجار، عامل بعض القوانين هذا الترتيب كترتيب إقراض مضمون وأُخضع المؤجر في الإعسار للمعاملة ذاتها التي يخضع لها سائر الدائنين المضمونين. وتكون المعاملة وسيلة تمويل عندما يتسنى للمدين، في نهاية مدة عقد الايجار، أن يحتفظ بالموجودات لقاء سداد مبلغ إسمي، أو تصبح قيمتها المتبقية تافهة. ويجوز أن يعتبر قانون الإعسار حقوق المدين جزءا من حوزة الإعسار ويسمح بأن يستخدم ممثل الإعسار الموجودات رهنا بشروط معيَّنة على النحو المبيَّن أدناه (الفقرتان ٩٠ و٩١).

١٢– وإذا اعترض طرف ثالث على المصلحة في الموجودات التي يطالب بها المدين، كان من المستصوب أن يتيح قانون الإعسار إمكانية حماية تلك الموجودات على أساس مؤقت لضمان المحافظة عليها إلى أن تبت المحكمة في موضوع الملكية. وإذا اتُّخذ القرار في نهاية المطاف بأنَّ الموجودات لا تمثل جزءا من الحوزة، جاز للقانون أن يعالج أيضا المسائل الخاصة بالضرر الواقع على الطرف الثالث نتيجة لاحتفاظ المدين بها. والمسألة الخاصة بالأضرار قد تكون لها صلة بالموضوع أيضا في حال احتفاظ طرف ثالث بموجودات يتضح أنها تشكِّل جزءا من الحوزة.

(د) الموجودات الأجنبية

١٣– ثمة سؤال يثير نقاطا تتعلق بالإعسار عبر الحدود، وهو ما إذا كانت موجودات المدين خارج البلد الذي تحدث فيه إجراءات الإعسار ستصبح جزءا من الحوزة. وقد يكتسب هذا الأمر أهمية خاصة في إعادة التنظيم حيث يمكن أن يؤثّر استبعاد الموجودات الأجنبية تأثيرا قويا في نجاح الإجراءات. وتأخذ بعض قوانين الإعسار بالنهج الذي يرى ضرورة أن يكون هناك إجراء إعسار وحيد يُتخذ في البلد الذي يوجد فيه المكتب الرئيسي للكيان المدين أو مكان تسجيله أو تأسيسه (مركز المصالح الرئيسية) وينطبق على موجودات المدين أينما كانت (النهج العالمي). وينطوي هذا النهج على الفكرة التي مفادها أنَّ الدولة التي تعتمده ستقبل المطالبة ذاتها المقدَّمة بموجب قانون الإعسار الساري في دولة أخرى. وتستند قوانين إعسار أخرى إلى نهج يحد من إمكانية انطباق قانون الإعسار على المنطقة الجغرافية التي تحكمها الدولة التي سنَّت التشريعات (النهج الاقليمي). ويتطلب هذا النهج بدء إجراءات مختلفة في كل دولة للمدين موجودات فيها أو له فيها فروع أو مؤسسات مختلفة. وهناك نهج آخر يمثل صيغة معدَّلة، حيث تطالب الدولة بانطباق قانونها هي على نطاق عالمي ولكنها لا تعترف بالانطباق العالمي ذاته لقوانين دول أخرى.

١٤- ويثير تنوُّع النهُج القائم إزاء هذه المسألة قدرا كبيرا من عدم اليقين ويضعف فعالية تطبيق قوانين الإعسار الوطنية. ولكن، مع تزايد انحسار الفروق بين قوانين الإعسار، ومع ازدياد تقاربها، تتضاءل أسباب الحفاظ على النهج الإقليمي. فقد أصبح من المستصوب أكثر فأكثر أن ينص قانون الإعسار على أن تشمل حوزة الإعسار جميع موجودات المدين أينما كانت.(٢) ولكن، نظرا لكون الاختلاف سيظل على الأرجح قائما ردحا من الوقت، فإنّ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود يرسي نظاما للتعاون الفعال في حالات الإعسار عبر الحدود من خلال الاعتراف بالقرارات الأجنبية وإتاحة سبل وصول ممثلي الإعسار الأجانب إلى الإجراءات القضائية المحلية. وهذا النظام مصمَّم بحيث يكون متوافقا مع جميع النظم القانونية، ويرد بحثه بمزيد من التفصيل في الوثائق المدرجة في المرفق الثالث.

(هـ) الموجودات المستردّة

'١' إجراءات الإبطال

١٥- تشمل حوزة الإعسار عموما أي موجودات أو أي قيمة لها تُستَردُّ من خلال إجراءات الإبطال، عندما تكون المعاملة التي تخص الموجودات من النوع الخاضع للإبطال بموجب قانون الإعسار. وتلك المعاملات يمكن أن تشمل المعاملات التي أفضت إلى معاملة تفضيلية لبعض الدائنين أو التي كانت مجحفة لحوزة الإعسار أو التي تمت في محاولة لإلغاء حقوق الدائنين الجماعية (انظر الفقرات ١٧٠-١٨٤، أدناه).

'٢' المعاملات غير المأذون بها اللاحقة لتقديم الطلب واللاحقة لبدء الإجراءات

١٦- يعتمد العديد من قوانين الإعسار تدابير يقصد بها الحدُّ من المدى المسموح به للمدين الخاضع لإجراءات الإعسار لأن يستخدم في معاملاته موجوداته، سواء أكانت مرهونة أم غير مرهونة، دون إذن من المحكمة أو من ممثل الإعسار (انظر الفقرات ٧٠-٧٣، أدناه). وتسري هذه القيود بوجه عام بعد بدء إجراءات الإعسار، ولكنها يجوز أن تنطبق أيضا بعد تقديم طلب بدء الإجراءات عندما تكون صلاحيات التعامل بموجودات الحوزة ممنوحة لممثل مؤقت للإعسار. ويعتبر بعض قوانين الإعسار المعاملات غير المأذون بها باطلة وغير قابلة

(2) انظر مثلا لائحة المجلس الأوروبي ٢٠٠٠/١٣٤٦ التي تعتمد على مبدأ الإجراءات العالمية النطاق، بينما هي تحتفظ بإمكانية فتح إجراءات ثانوية تكون آثارها مقصورة على إقليم الدولة العضو المعنية. وهناك اعتراف آلي بالقرارات الأجنبية وبالقواعد الخاصة بالتنسيق بين القائمين بالتصفية.

للإنفاذ إزاء حوزة الإعسار، وتتيح تلك القوانين إمكان المطالبة باسترجاع أي موجودات أحيلت باستثناء بعض الحالات التي يكون فيها الطرف المقابل قد زاد قيمة تلك الموجودات أو يستطيع فيها إثبات أنَّ المعاملة لم تمسَّ حقوق الدائنين. ويحقق بعض قوانين الإعسار النتيجة ذاتها بمعالجة العقود غير المأذون بها في سياق أحكام الإبطال، وهذا يتوقف على طريقة حساب فترة الاشتباه (انظر الفقرة ١٨٨، أدناه).

٣– الموجودات المستبعدة من حوزة الإعسار

(أ) الاستبعادات العامة

١٧– يجوز أن يستبعد قانون الإعسار موجودات معيَّنة من الحوزة. وتعتمد قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء هذه المسألة. فالموجودات المستبعدة من الحوزة يمكن أن تشمل، مثلا، بعض الموجودات المملوكة لطرف ثالث والتي هي في حيازة المدين عند بدء الإجراءات، ومنها الموجودات الإئتمانية والموجودات الخاضعة لترتيب ما (تعاقدي أو غيره)، التي لا تنطوي على إحالة حق الملكية بل تنطوي بالأحرى على استخدام الموجودات ثم إعادتها إلى المالك حالما يحقَّق الغرض الذي كانت من أجله في حيازة المدين.(٣) وهي يمكن أن تشمل أيضا الموجودات التي تُجيز بعض القوانين المطالبة باسترجاعها، ومنها مثلا البضائع التي وُرِّدت للمدين قبل بدء الإجراءات ولكنه لم يدفع ثمنها ويجوز للمورِّد استردادها (رهنا بتبيُّنها وبشروط سارية أخرى).

(ب) عندما يكون المدين شخصية طبيعية

١٨– عندما يتعلق الأمر بإعسار شخصية طبيعية، يجوز أن يَستبعد قانون الإعسار موجودات معيَّنة من الحوزة، كالمكاسب اللاحقة لطلب بدء الإجراءات، التي يحرزها المدين لقاء تقديم خدمات شخصية، أو الأموال التي يتلقاها المدين على الأشغال العمومية التي قام بها، والموجودات الضرورية للمدين لكي يكسب رزقه، وأمتعة شخصية ومنزلية كالأثاث والمعدات المنزلية ولوازم الفراش والملابس وغيرها من الموجودات اللازمة لتلبية الاحتياجات المنزلية الأساسية للمدين وأفراد أسرته. ويستبعد بعض الولايات القضائية أيضا مضارات ذات طابع شخصي، كالتشهير أو النيل من الجدارة بالائتمان أو السمعة، أو الأذى الجسدي

(3) قد يعرف هذا النوع من الترتيبات بالوديعة أو حساب الإيداع.

الشخصي. ويحتفظ المدين شخصيا بالحق في رفع دعوى وفي استبقاء ما يُستَرَدُّ في إطار تلك الدعاوى وإلا فإنّ الحافز على المطالبة بجبر الضرر سيتضاءل، ولكن لا يحق للمدين رفع دعوى بشأن أي خسارة في المكاسب مرتبطة بأسباب الدعوى؛ ومثل هذه الاستبعادات بوجه عام لا تكون متاحة للمدين الذي هو شخصية اعتبارية.

١٩- وعندما يستبعد قانون الإعسار موجودات معيَّنة من حوزة الشخصية الطبيعية، ينبغي تحديد تلك الموجودات بوضوح وقصر عددها وقيمتها على الحد الأدنى الضروري للحفاظ على حقوق المدين الشخصية والسماح له بأن يعيش حياة منتجة. وقد يلزم لتحديد هذه الاستبعادات مراعاة الالتزامات السارية في مجال حقوق الانسان، بما فيها الالتزامات بموجب المعاهدات الدولية، التي يُقصد منها حماية المدين وأفراد أسرته ذوي الصلة، والتي قد تؤثّر في الاستبعادات التي ينبغي إجراؤها.(٤) ويمكن أن تكون الآثار الاقتصادية للاستبعادات اعتبارا آخر يُراعى في هذا الصدد؛ ويُشير بعض الأبحاث إلى أن إعفاء الموجودات الشخصية من إجراءات الإعسار إعفاء تاما أو كبيرا قد يكون له تأثير ايجابي في العمل التجاري والمجازفة.

الموجودات المشتركة

٢٠- تُعتَمَد نُهُج مختلفة إزاء معاملة الموجودات الشخصية التي يشترك المدين الذي هو شخصية طبيعية في ملكيتها مع زوجه. وتلك المعاملة يمكن تحديدها في قانون الإعسار أو في قانون آخر، كقانون الممتلكات الزوجية أو ملكية الممتلكات، وهي يمكن أن تشمل، في بعض الولايات القضائية الاتحادية، كلا من قانون الولاية والقانون الاتحادي. والعلاقة بين تلك القوانين الأخرى وقانون الإعسار قد تحدّد الكيفية التي ستنطبق بها أحكام معيَّنة من قانون الإعسار كأحكام الإبطال.

٢١- ويتمثّل أحد النُّهج إزاء معاملة الموجودات المشتركة في استبعادها التام من الحوزة. وثمة نهج آخر، وهو أنه عندما تباشَر الإجراءات ضد موجودات الزوج، فإنّ الجزء من الموجودات المشتركة الذي يخص ذلك الزوج يمكن أن يصبح جزءا من حوزة الإعسار، إذا كان من الممكن، بموجب قانون غير قانون الإعسار، تقسيم الموجودات لأغراض التنفيذ (عندما تُقَسَّم الموجودات خارج إطار قانون الإعسار وإجراءاته). ومن ثمَّ، قد يتوقف الاختيار بين هذه النُّهُج على إعمال قانون غير قانون الإعسار، وعلى عوامل أخرى كمدى اليسر في تنفيذ التقسيم (انظر الفقرة ٨٧، أدناه).

---

(4) تنطبق في أوروبا، على سبيل المثال، اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠.

٤- وقت تشكيل حوزة الإعسار وجمع الموجودات

٢٢- بغية توفير اليقين لكل من المدين والدائنين، ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار التاريخ الذي يُرجع إليه في تشكيل الحوزة. ويشير بعض قوانين الإعسار إلى تاريخ بدء الإجراءات فعلا، بينما يشير بعضها الآخر إلى تاريخ طلب بدء الإجراءات أو إلى فعل إعسار يشكّل الأساس لتقديم الطلب. وأهمية الفرق بين هذه التواريخ تتعلق بمعاملة موجودات المدين (والأهم من ذلك، بحمايتها) في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات. ولهذا السبب، يُحدّد بعض القوانين، لغرض تشكيل الحوزة، تاريخ تقديم الطلب. وتوجد قوانين أخرى تحدِّد وقت تشكيل الحوزة، لأسباب متعلقة بالوضوح واليقين، اعتبارا من تاريخ بدء الإجراءات، ولكنها تحتوي أيضا على أحكام تقيد صلاحيات المدين في التصرف في الممتلكات أثناء الفترة التي تعقب تقديم الطلب. فممثل الإعسار يستطيع أن يطالب مرة أخرى بالموجودات التي يجري التصرف فيها أثناء تلك الفترة. وثمة اعتبار آخر فيما يتعلق بحماية الموجودات في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، وهو مدى صلة أحكام الإبطال والتاريخ الذي تحسب فترة الاشتباه اعتبارا منه (انظر الفقرة ١٨٨، أدناه).

٢٣- وأيا كان التاريخ الذي يقع اختياره لتشكيل الحوزة، يجوز توقع أن تشمل الحوزة موجودات المدين ابتداء من ذلك التاريخ، وكذلك الموجودات التي يحوزها ممثل الإعسار والمدين بعد ذلك التاريخ، سواء في ممارسة صلاحيات الإبطال أو في المجرى العادي لسير أعمال منشأة المدين.[٥]

٢٤- وحالما يتم تَبيُّن الموجودات المراد إدراجها في الحوزة، يجب جمعها. ولتحقيق ذلك يجوز أن ينصّ قانون الإعسار على صلاحيات تمكِّن ممثل الإعسار من إقامة السيطرة على الموجودات التي تَقرَّر أن تشكل جزءا من الحوزة، بالإضافة إلى الالتزامات الخاصة بضمان مشاركة وتعاون المدين والأطراف الأخرى مع ممثل الإعسار في هذا الصدد. وعندما يكون موقع الموجودات في بلد أجنبي، فإنّ الأمر سيتطلب تدابير إضافية كتلك المحدّدة في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث).

---

(5) باستثناء الموجودات المستبعدة من الحوزة عندما يتعلق الأمر بمدينين من الأشخاص الطبيعيين (نوقشت هذه المسألة أعلاه، انظر الفقرات ١٨-٢١).

التوصيات ٣٥-٣٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بحوزة الإعسار هو:

(أ) تَبيُّن الموجودات التي ستُدرَج في الحوزة، بما فيها مصالح المدين في الموجودات المرهونة وفي الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة؛

(ب) تَبيُّن الموجودات التي ستُستبعَد من الحوزة، إن كان ثمة موجودات مستبعدة.

مضمون الأحكام التشريعية

الموجودات التي تشكِّل حوزة الإعسار (الفقرات ١-١٦)

٣٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنَّ الحوزة ينبغي أن تشمل ما يلي:

(أ) موجودات المدين،[٦] بما فيها مصالح المدين في الموجودات المرهونة وفي الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة؛

(ب) الموجودات المكتسَبة بعد بدء إجراءات الإعسار؛

(ج) الموجودات المستَردَّة من خلال إجراءات الإبطال وغيرها من الإجراءات.

٣٦- في حال بدء إجراءات الإعسار في المكان الذي يوجد فيه مركز المصالح الرئيسية للمدين، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كانت الحوزة تشمل جميع موجودات المدين أينما كان موقعها.[٧]

(6) ستقرَّر ملكية الموجودات بالإشارة إلى القانون المنطبق ذي الصلة، حيث يرد تعريف واسع للتعبير "الموجودات" يشمل ممتلكات المدين وحقوقه ومصلحته، بما في ذلك حقوق المدين ومصالحه في الموجودات المملوكة لأطراف ثالثة.

(7) عندما يعتمد قانون الإعسار نهجا عالميا مثلما هو موصى به هنا، ينبغي للقانون أن يعالج أيضا مسألة الاعتراف بالإجراءات الأجنبية، انظر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (المرفق الثالث).

وقت تشكيل حوزة الإعسار (الفقرات ٢٢-٢٤)

٣٧- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار التاريخ الذي يراد تشكيل الحوزة اعتبارا منه، وهو إمّا تاريخ تقديم طلب لبدء الإجراءات أو التاريخ الذي بدأت فيه إجراءات الإعسار فعلا.

الموجودات المستبعدة من حوزة الإعسار عندما يكون المدين شخصية طبيعية(٨) (الفقرات ١٨-٢١)

٣٨- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الموجودات المستبعدة من الحوزة، إن توفَّرت، عندما يكون المدين شخصية طبيعية.

باء- حماية حوزة الإعسار والحفاظ عليها

١- مقدّمة

٢٥- إنَّ الأهداف الأساسية لأي قانون فعّال بشأن الإعسار هي حماية قيمة حوزة الإعسار من التناقص من جراء تصرفات مختلف الأطراف في إجراءات الإعسار وتيسير إدارة تلك الإجراءات بصورة منصفة ومنهجية، علما بأنَّ المدين ودائنيه هم الأطراف التي تكون الحوزة في أقصى حاجة إلى الحماية منها.

٢- حماية الحوزة بتطبيق الوقف

٢٦- فيما يتعلق بالدائنين، يتمثل أحد المبادئ الأساسية لقانون الإعسار في أنَّ إجراءات الإعسار هي إجراءات جماعية، مما يتطلب حماية مصالح جميع الدائنين من أي دعوى منفردة يقيمها أحدهم. وينص كثير من قوانين الإعسار على وضع آلية لحماية قيمة حوزة الإعسار لا تقتصر على منع الدائنين من بدء دعاوى من أجل إنفاذ حقوقهم من خلال سبل الانتصاف القانونية أثناء جزء من فترة إجراءات التصفية أو إعادة التنظيم أو أثناء الفترة كلها، بل تكفل أيضا تعليق الدعاوى الجارية فعلا على المدين. وتطلق على هذه الآلية

(8) عموما ليست الاستبعادات متاحة للمدينين الذين هم شخصيات اعتبارية. وفيما يتعلق بأنواع الموجودات التي يجوز استبعادها فيما يخص الشخصيات الطبيعية، انظر الفقرات ١٨-٢١، أعلاه.

تسميات شتى، مثل "الموراتوريوم" أو "التعليق" أو "الوقف"، حسب مفعول الآلية. ولأغراض هذا الدليل التشريعي، يُستخدَم تعبير "الوقف" بمعناه الواسع لكي يشير إلى كل من تعليق الدعاوى القائمة وفرض موراتوريوم على بدء دعاوى جديدة.

'١' التصفية

٢٧- تركّز عملية التصفية، كمبدأ عام، على تسييل الموجودات، كليا أو جزئيا، لكي تتسنى تلبية مطالبات الدائنين بأسرع صورة ممكنة من عائدات الحوزة. وتمثل زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد هدفا أسمى. ومن شأن فرض الوقف أن يكفل إدارة إجراءات التصفية بصورة منصفة ومنهجية، مما يتيح لممثل الإعسار وقتا كافيا لتفادي القيام بعمليات بيع قسرية تخفق في زيادة قيمة الموجودات التي تجري تصفيتها إلى أقصى حد، كما يتيح له فرصة للنظر فيما إذا كان يمكن بيع المنشأة كمنشأة عاملة عندما يحتمَل أن تكون قيمة الموجودات إجمالا أكبر مما لو جرى بيعها مجزأة. ويتيح الوقف لممثل الإعسار أيضا تقييم حالة المدين، بما في ذلك الدعاوى المعلقة من قبل، كما إنه يتيح الوقت للنظر بشكل كامل في جميع الدعاوى، مما يزيد إمكانية تحقيق نتيجة غير ضارة بمصالح المدين والدائنين. ويصعب في إجراءات التصفية تحقيق توازن بين المصالح المتنافسة للدائنين المضمونين، الذين كثيرا ما تكون لديهم مصلحة ضمانية في بعض من أهم موجودات المنشأة ويرغبون في إنفاذ تلك المصلحة الضمانية، من جهة، والدائنين غير المضمونين، الذين قد ينتفعون من الاحتفاظ بتلك الموجودات من أجل تيسير بيع المنشأة كمنشأة عاملة، من جهة أخرى.

'٢' إعادة التنظيم

٢٨- في إجراءات إعادة التنظيم، ييسِّر تطبيق الوقف استمرار عمل المنشأة، ويتيح للمدين مُتَنفسا لترتيب أموره ووقتا لإعداد وإقرار خطة لإعادة التنظيم ولاتخاذ خطوات أخرى، كالتخلي عن الأنشطة غير المربحة والعقود الباهظة، حسب الاقتضاء. وكما هو الحال في التصفية، تتيح إعادة التنظيم أيضا فرصة للنظر في الدعاوى المعلَّقة التي رُفعت على المدين. ونظرا لأهداف عملية إعادة التنظيم، فإنّ تأثير الوقف فيها أكبر، وبالتالي أكثر أهمية، مما في عملية التصفية، ويمكن أن يوفّر حافزا مهما لتشجيع المدينين على استهلال إجراءات إعادة التنظيم. وفي الوقت ذاته، يمثِّل بدء الإجراءات وفرض الوقف إشعارا إلى جميع الذين يتعاملون مع المدين بأن مستقبل المنشأة مشكوك فيه. وهذا يمكن أن يُحدث أزمة ثقة وعدم يقين إزاء كيفية تأثير إجراءات الإعسار في المورِّدين والزبائن والعاملين في منشأة المدين.

٢٩– والمنافع المباشرة التي تعود على المدين من فرض سريع لوقف واسع النطاق من أجل الحد من دعاوى الدائنين يلزم مضاهاتها بالمنافع الطويلة الأجل التي يمكن جنيها من الحد من درجة تضارب الوقف مع العلاقات التعاقدية بين المدينين والدائنين، ولا سيما الدائنين المضمونين.

٣– نطاق انطباق الوقف

(أ) الإجراءات التي ينطبق عليها الوقف

٣٠– يتبع بعض الدول نهجا يتمثل في أنَّ ضمان سريان الوقف يستوجب أن يكون نطاقه واسعا جدا، فينطبق على جميع سبل الانتصاف والإجراءات المتبعة إزاء المدين وموجوداته، سواء أكانت إدارية أم قضائية أم ذاتية، ويمنع المدين من القيام بتصرّفات معيَّنة فيما يخص موجوداته، ويمنع الدائنين المضمونين وغير المضمونين على السواء من إنفاذ حقوقهم، كما يمنع الحكومات من ممارسة حقوق الأولوية.

٣١– ويمكن أن يكون من بين أمثلة أنواع التصرّفات والإجراءات التي يجوز وقفها بدءُ أو مواصلة الدعاوى أو الإجراءات المقامة على المدين، أو فيما يتعلق بموجوداته؛ أو بدء أو مواصلة إجراءات الإنفاذ فيما يخص موجودات المدين، بما في ذلك تنفيذ حكم قضائي واتخاذ إجراءات لجعل المصالح الضمانية نافذة المفعول تجاه الأطراف الثالثة أو لإنفاذ مصلحة ضمانية؛ وقيام أي مالك أو مؤجر باسترجاع ممتلكات يستخدمها المدين أو يَشْغَلها أو توجد في حوزته؛ وسداد دين تكبده المدين قبل تاريخ البدء أو توفير مصلحة ضمانية بشأنه؛ وإحالة المدين أيًّا من الموجودات أو رهنها أو التصرف فيها بأي شكل آخر (قد يقتصر هذا، في إجراءات إعادة التنظيم، على الإحالة أو الرهن أو التصرف خارج سياق العمل المعتاد)؛ وإنهاء الطرف المقابل عقدا مع المدين[(٩)] (باستثناء الحالة التي ينص فيها العقد على تاريخ للإنهاء يتصادف وقوعه بعد بدء الإجراءات)؛ وإنهاء أو تعليق أو قطع توريد خدمات أساسية (كالماء والغاز والكهرباء والهاتف) إلى المدين. وتشكِّل المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود مثالا على حكم بشأن الوقف ينص على وقف بدء أو مواصلة الدعاوى أو الإجراءات الفردية المتعلقة بموجودات المدين أو حقوقه أو واجباته أو

(9) من شأن تطبيق الوقف أن يتيح لممثل الإعسار وقتا لتقدير أهمية العقد للإجراءات وتحديد التدبير الذي ينبغي اتخاذه، أي المواصلة أو الرفض.

التزاماته ووقف التنفيذ تجاه موجودات المدين. وينبغي أن تشمل أنواع الدعاوى الفردية المشار إليها أعلاه الدعاوى التي بدئت في المحاكم وأمام هيئة تحكيم على السواء.(١٠)

٣٢- أما فيما يتعلق بالدعاوى التي ترفع لجعل مصلحة ضمانية ما نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة، فإنّ بعض القوانين التي تتناول موضوع المصالح الضمانية تنص على فترات زمنية محدّدة ينبغي في غضونها جعل المصالح الضمانية نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة، سواء أكان ذلك بواسطة التسجيل أم الإشهار أم بأي وسيلة أخرى. فعندما ينص قانون الدولة على فترات زمنية من هذا القبيل، يجوز لقانون الإعسار أن يعترف بها، مما يسمح بجعل المصالح الضمانية نافذة المفعول تجاه المدين وأطراف ثالثة بعد بدء إجراءات الإعسار، ولكن في غضون الفترة الزمنية المحدّدة. وأما عندما لا ينص القانون على هذه الفترات الزمنية، فيسري الوقف الواجب تطبيقه عند بدء إجراءات الإعسار للحيلولة دون إنفاذ المصلحة الضمانية. وينبغي التمييز بين مسألة ما إذا كان هذا التصرف في الإعسار سيجعل المصلحة الضمانية نافذة المفعول تجاه أطراف ثالثة، ومسألة معرفة ما إذا كان ينبغي السماح بمثل هذه التصرفات أم لا. وسيتوقف المفعول في الإعسار على الإجراء اللازم لجعل المصلحة نافذة المفعول. فمثلا، عندما يستلزم نفاذ المفعول تسجيلا، من الممكن السماح بوقوعه بعد بدء الإجراءات، ولكن عندما يستلزم، مثلا، حيازة الدائن المضمون الموجودات المعنيَّة، فإنّ الأمر قد يختلف، لأن مثل هذا الإجراء سيقلل من الموجودات المتاحة للحوزة.

٣٣- ويكمن أحد أسباب إدراج مواصلة الإجراءات ضمن نطاق الوقف في أن الحاجة إلى إشراك ممثل الإعسار في الدعاوى الجارية (عندما يكون المدين مجرَّدا من السيطرة) يمكن أن تحوِّل الموارد وتحرفها عن مهمتها المتمثلة في إدارة الحوزة. ففي غياب الوقف، يمكن أن يصدر حكم تقصير، مثلا، تجاه المدين وأن يشكّل ذلك الحكم الأساس لمطالبة الدائن في الإجراءات، دون علم ممثل الإعسار بالدعوى. أمَّا عند صدور حكم قضائي حسب الأصول بشأن المسائل المعنية، فستتاح لممثل الإعسار الفرصة للدفاع في الدعوى، بحيث قد تُرَدُّ تلك الدعوى أو يصدر الحكم بشأن مقدار أصغر. وبما أن معظم قوانين الإعسار تتضمّن آلية لمعالجة المطالبات - تتناول بواسطتها تقديم المطالبة والتحقق منها والموافقة عليها - وإجراء القسمة، فإنّ الإجراءات المتعلقة بتلك المطالبات التي تُسَيَّر خارج دعوى الإعسار تعتبر زائدة. ومع ذلك، ينص بعض قوانين الإعسار على أنه، عندما يشمل نطاق الوقف

(10) مع ذلك، قد لا يكون تنفيذ وقف آلي لإجراءات التحكيم ممكنا دائما، وذلك مثلا عندما يكون التحكيم في دولة أجنبية بدلا من الدولة التي بدئت فيها إجراءات الإعسار.

الإجراءات القانونية إزاء المدين (بما فيها كل من بدء تلك الإجراءات ومواصلتها)، يمكن بدء تلك الإجراءات أو مواصلتها حسب تقدير المحكمة إذا رئي أن ذلك ضروري للحفاظ على مطالبة ما أو لتقرير مقدارها.[11] ويمكن تحقيق النتيجة ذاتها بالنص على أنَّ وقف الإجراءات يعطِّل سريان أي فترة تقادم معمول بها، بحيث يكون حق الدائن في تقديم مطالبة إزاء المدين في اليوم الذي يُرفع فيه الوقف مماثلا لذلك الحق في اليوم الذي أصبح فيه الوقف نافذا.

٣٤- وثمة قوانين إعسار أخرى تسمح ببدء أو مواصلة الإجراءات القانونية (بدون إذن المحكمة)، ولكن تطبيق الوقف يمنع إنفاذ أي أمر ناتج عنها. وتحد بعض قوانين الإعسار من الدعاوى التي يمكن متابعتها، ولا يجوز بموجب تلك القوانين بدء أو مواصلة أي دعاوى باستثناء دعاوى محدّدة مثل الدعاوى التي يرفعها الموظفون على المدين، ولكن أي تدبير إنفاذي ناتج عن تلك الإجراءات سيطبَّق عليه الوقف. ويميز بعض قوانين الإعسار بين الدعاوى التنظيمية والمالية؛ ويسمح بعضها بمواصلة المطالبات ذات الطابع التنظيمي والمالي على السواء، وغيرها لا يسمح إلا بمطالبات تنظيمية كالمطالبات التي لا يقصد منها جمع الأموال للحوزة بل تهدف إلى حماية مصالح عمومية حيوية وعاجلة، وتقييد الأنشطة المسببة لأضرار بيئية أو الأنشطة الضارة بالصحة والسلامة. ومن الناحية الإجرائية، تحصر بعض قوانين الإعسار النطاق الأولي للأفعال والدعاوى التي يطبَّق عليها الوقت عند البدء، لكنها تنص على أنه يجوز للمحكمة، بناء على طلب مقدَّم، أن توسِّع نطاق الوقف لكي يشمل دعاوى وأفعالا أخرى.

(ب) الاستثناءات من انطباق الوقف

٣٥- ضمانا للشفافية وإمكانية التنبؤ، من المستصوب جدا أن يحدّد قانون الإعسار بوضوح الدعاوى التي ستدرَج ضمن نطاق الوقف والتي ستستبعد منه بالتحديد، بصرف النظر عمَّن يمكن أن يبدأ تلك الدعاوى، سواء أكانوا دائنين غير مضمونين (بمن فيهم دائنون يحظون بالأولوية، كالموظَّفين أو أصحاب الرهون التشريعيين أو الحكومات) أم أطرافا ثالثة (كمؤجّر أو مالك الممتلكات التي يحوزها المدين أو يستخدمها أو يَشْغَلها)، أم دائنين مضمونين أم غيرهم. وقد تشمل الاستثناءات حقوق المقاصة والمعاوضة فيما يخص العقود المالية (انظر الفقرات ٢٠٤-٢١٥، أدناه)؛ والدعاوى الرامية إلى حماية مصالح سياساتية عمومية، كالحد من

(11) تنص الفقرة ٣ من المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، مثلا، على أن تطبيق الوقف على بدء أو مواصلة دعاوى أو إجراءات منفردة إزاء المدين لا يجب أن يمسّ بالحق في بدء دعاوى أو إجراءات منفردة، بقدر ما يكون ذلك ضروريا للحفاظ على مطالبة تجاه المدين (انظر المرفق الثالث).

الأضرار البيئية، أو الأنشطة الضارة بالصحة والسلامة العموميتين؛ والدعاوى الرامية إلى منع إساءة استخدام إجراءات الإعسار، ومن ذلك مثلا استخدامها كستار لأنشطة غير مشروعة؛ والدعاوى التي تبدأ بغية استبقاء مطالبة تجاه المدين؛ والدعاوى المرفوعة على المدين نتيجة إصابة شخصية أو المطالبات بموجب قانون الأسرة.[١٢] ومن المستصوب أن تدرَج ضمن نطاق الوقف المطالبات تجاه المدين التي يمكن أن تستتبع صدور قرارات قضائية بمنح مبالغ تعويضية كبيرة جدا، ومنها مثلا المطالبات بتعويضات عن أضرار شخصية شاملة.

(ج) الدائنون المضمونون

٣٦- يتفاوت نطاق الحقوق التي يمسّها الوقف تفاوتا كبيرا بين شتى قوانين الإعسار. ونادرا ما يثار نقاش حول الحاجة إلى انطباق الوقف لتعليق أو منع بدء دعاوى الدائنين غير المضمونين إزاء المدين أو موجوداته. غير أن انطباق الوقف على دعاوى الدائنين المضمونين يمكن أن يكون أكثر صعوبة ويتطلب الموازنة بين عدد من المصالح المتنافسة. وهذه تشمل، مثلا، احترام أولويات الدائنين المضمونين السابقة للإعسار فيما يتعلق بحقوقهم في الموجودات المرهونة، والتقليل قدر الامكان من تأثير الوقف في قيمة الموجودات المرهونة؛ وكذلك، في حال إجراءات إعادة التنظيم، ضمان أن تتاح للإجراءات جميع الموجودات اللازمة لنجاح إعادة تنظيم الكيان المدين الديوم.

٣٧- ويسعى الدائنون عموما إلى الحصول على مصلحة ضمانية من أجل حماية مصالحهم في حال تقصير المدين في السداد. وإذا كان المراد بالمصلحة الضمانية أن تحقق ذلك الهدف، جازت المحاجّة بأنه لا ينبغي، عند بدء إجراءات الإعسار، تأخير أو منع مساعي الدائن المضمون لإنفاذ حقوقه من الموجودات المرهونة فورا. فالدائن المضمون، على أي حال، تفاوض من أجل الحصول على مصلحة ضمانية مقابل قيمة تجسِّد اعتماده على تلك المصلحة الضمانية. ولذلك، قد يكون من الضروري إجراء دراسة متأنية لمسألة استحداث أي تدبير من شأنه أن يضعف اليقين في قدرة الدائن المضمون على استرداد دَينه أو من شأنه أن ينتقص من قيمة المصالح الضمانية، مثل تطبيق الوقف من أجل تأجيل الإنفاذ. فمثل هذا التدبير قد يؤدي في نهاية المطاف لا إلى تقويض استقلال الأطراف في تعاملاتها التجارية وأهمية احترام الصفقات التجارية فحسب، بل قد يؤدي أيضا إلى إضعاف فرص توافر ائتمانات ميسّرة؛

(12) بعض الولايات القضائية، مثلا، تستبعد من انطباق الوقف أداء التزامات المدين التي لا تمسّ الحوزة، ومنها مثلا إتاحة فرصة الوصول للآباء في حالة تندرج ضمن قانون الأسرة.

فمع تضاؤل الحماية التي توفّرها المصالح الضمانية قد تنشأ الحاجة إلى زيادة ثمن الائتمان تعويضا لازدياد درجة المخاطرة. وبعض قوانين الإعسار التي تستثني دعاوى الدائنين المضمونين من الوقف تُركّز، بدلا من الوقف، على التشجيع على إجراء مفاوضات بين المدين والدائنين قبل بدء الإجراءات، من أجل التوصّل إلى اتفاق على أي تصرف لاحق.

'١' إعادة التنظيم

٣٨- هنالك، من جهة أخرى، عدد متنام من قوانين الإعسار يعترف بأنّ السماح للدائنين المضمونين بإنفاذ حقوقهم من الموجودات المرهونة بحرية يمكن أن يؤدي في العديد من الحالات إلى إحباط الأهداف الأساسية لإجراءات الإعسار، خصوصا في إعادة التنظيم، ولهذا فإنّها تدرج دعاوى الدائنين المضمونين بشكل متزايد ضمن نطاق الوقف رهنا بضروب معيَّنة من الحماية. وقد تجدر الإشارة إلى أنّ قبول المصارف وغيرها من المؤسسات المالية على نحو متزايد لتدبير الموراتوريوم في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وفقا لقواعد معيَّنة مثل "نهج لندن" (انظر الفقرة ١٧ من الفصل الثاني في الجزء الأول) قد يكون السبب، إلى حد ما، في تزايد قبول الدائنين المضمونين لتطبيق الوقف عليهم في إجراءات الإعسار.

'٢' التصفية

٣٩- تتّبع قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء تطبيق الوقف على دعاوى الدائنين المضمونين في إجراءات التصفية. وكمبدأ عام، عندما تكون وظيفة ممثل الإعسار هي جمع وتسييل الموجودات وتوزيع العائدات على الدائنين بقسمتها النسبية، قد يُسمح للدائن المضمون بأن يُنفذ بحرية حقوقه من الموجودات المرهونة لتلبية مطالبته دون المساس بتصفية الموجودات الأخرى. ومن ثَم، يستثني بعض قوانين الإعسار الدائنين المضمونين من نطاق الوقف. ولكن، عند الأخذ بذلك النهج، قد يلزم توخّي بعض المرونة في الحالات التي قد يكون فيها ممثل الإعسار قادرا على تحقيق نتيجة أفضل تزيد قيمة الموجودات إلى أقصى حد لصالح الدائنين كافة، إذا طبق الوقف على الدائنين المضمونين. وقد ينطبق هذا بشكل خاص على الحالة التي يمكن فيها بيع المنشأة كمنشأة عاملة في سياق إجراءات التصفية. وهذا قد يصحّ كذلك على بعض الحالات التي يقتضي فيها الأمر بعض الوقت لترتيب بيع الموجودات بأعلى عائد لأجل منفعة جميع الدائنين غير المضمونين، حتى لو تَقرّر بيعها مجزَّأة.

٤٠- وعندما تُدرج دعاوى الدائنين المضمونين ضمن نطاق الوقف في كل من إجراءات التصفية وإعادة التنظيم، يمكن أن يعتمد قانون الإعسار تدابير من شأنها أن تكفل عدم

الانتقاص من مصالحهم نتيجة للوقف. وهذه التدابير قد تتعلق بمدة الوقف وحماية قيمة الموجودات المرهونة ودفع الفوائد وتوفير إعفاء من الوقف عندما تكون الموجودات المرهونة غير محمية بما فيه الكفاية أو عندما لا تكون ضرورية لبيع المنشأة بكاملها أو بيع جزء منتج منها.

٤- تطبيق الوقف تقديريا أو آليا

٤١- ثمة مسألة أولية متعلقة بتطبيق الوقف، وهي ما إذا كان ينبغي تطبيقه آليا (بإعمال قانون الإعسار) أم حسب تقدير المحكمة. وقد يتأثر القرار بشأن هذه المسألة بشواغل وعوامل سياساتية محلية، مثل مدى توافر معلومات مالية موثوقة ومدى قدرة المدين والدائنين على الوصول إلى هيئة قضائية مستقلة ذات خبرة في مجال الإعسار. وقد يتيح تطبيق الوقف على أساس تقديري تصميم الوقف وفقا لاحتياجات الحالة المعنية (فيما يتعلق بالمدين وموجوداته ودائنيه ووقت تطبيق الوقف ومدته) وتفادي تطبيق الوقف دون داع مع تفادي تعطيل حقوق الدائنين المضمونين دون داع كذلك. غير أنَّ هذا النهج يمكن أن يسبب بعض التأخر ريثما تنظر المحكمة في المسائل ذات الصلة؛ وهو لا يوفّر لمن قد يطبق عليهم الوقف من الدائنين والأطراف الثالثة في نهاية الأمر وضعا يمكن التنبؤ به، وقد ينشئ حاجة إلى آلية ما، كالتدابير المؤقتة، لتغطية الفترة السابقة لقرار المحكمة بشأن تطبيق الوقف، بالإضافة إلى اشتراط الإشعار بتطبيق الوقف.

٤٢- وثمة نهج بديل يمكن أن يقلل من التأخير ويساعد على زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد ويكفل إجراءات إعسار منصفة ومنهجية وشفافة وقابلة للتنبؤ بها، قد يتمثل في النص على تطبيق الوقف آليا على دعاوى معيَّنة (إما عند تقديم الطلب أو عند بدء الإجراءات)، مع إمكانية توسيع نطاق الوقف ليشمل دعاوى أخرى حسب تقدير المحكمة. وهذا النهج معتمد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: إذ تحدد المادة ٢٠ أنواع الدعاوى التي يجري وقفها آليا عند الإعتراف بإجراءات رئيسية أجنبية، بينما تشير المادة ٢١ إلى أمثلة للتدابير الانتصافية الإضافية التي يمكن الأمر بها عند الاعتراف بالإجراءات الأجنبية حسب تقدير المحكمة. ويمثل الوقف الآلي سمة بارزة لكثير من نظم قوانين الإعسار الحديثة ويمكن دمجه مع أحكام تسمح بالإعفاء من تطبيق الوقف في ظروف محدّدة (انظر الفقرات ٦٠-٦٢، أدناه).

٥– وقت انطباق الوقف

٤٣– ثمة شاغل آخر يتعلق بالوقف، وهو يتمثل في وقت انطباقه في إجراءات التصفية وإجراءات إعادة التنظيم على السواء. وهناك أساسا نهجان. أمّا الأول فيستوجب انطباق الوقف ابتداء من وقت تقديم طلب بدء الإجراءات، وأمّا الثاني فيستوجب انطباقه ابتداء من وقت بدء الإجراءات، مع إتاحة تدابير مؤقتة لتغطية الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات.

(أ) تحديد وقت نفاذ الوقف بالضبط

٤٤– من المهم كمسألة أولية، بغضّ النظر عما إذا كان يراد أن ينطبق الوقف آليا ابتداء من وقت تقديم الطلب أو ابتداء من وقت بدء الإجراءات، أن يعالج قانون الإعسار مسألة التحديد الدقيق للوقت الذي يصبح فيه الوقف نافذا لضمان حماية الحوزة، خاصة فيما يتعلق بالمدفوعات. وتُتَّبع نُهُج مختلفة إزاء هذه المسألة. ففي بعض القوانين، يصبح الوقف نافذا اعتبارا من وقت صدور قرار المحكمة بشأن بدء الإجراءات؛ وفي قوانين أخرى، يصبح الوقف نافذا عندما يصبح قرار المحكمة بشأن بدء الإجراءات معلنا على الملأ؛ بل وتوجد قوانين أخرى تقضي بأن يكون الوقف نافذا بأثر رجعي ابتداء من الساعة الأولى من يوم صدور أمر البدء. وثمة تباين مماثل في النهُج عندما يكون الوقف نافذا عند تقديم طلب بدء الإجراءات. وأيا كان النهج المعتمد، فإنّ قانون الإعسار ينبغي أن يتضمّن قاعدة واضحة في هذا الصدد.

(ب) انطباق الوقف ابتداء من وقت تقديم طلب بدء الإجراءات

٤٥– فيما يتعلق بالنقطة الزمنية في الإجراءات التي ينبغي أن يصبح فيها الوقف نافذا، يوجد نهج يقضي بانطباق الوقف اعتبارا من تقديم طلب إمّا بشأن إجراءات التصفية أو بشأن إجراءات إعادة التنظيم، بصرف النظر عما إذا كان الطلب مقدَّما من المدين أو أحد الدائنين. وهذا النهج قد يتفادى ضرورة النظر في توفّر تدابير حماية انتقالية أو مؤقتة لتغطية الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، ولكنه سيستلزم تطبيق الوقف في وقت لا يكون فيه عدد من الأمور الوقائعية بالضرورة واضحا ، وخصوصا ما إذا كان المدين سيستوفي معايير البدء. ومن المستصوب، بغية مواجهة احتمال إساءة استغلال وضع كهذا، أن تدرَج في قانون الإعسار، في حال اتباع هذا النهج، قواعد إجرائية واضحة بشأن التماس الإعفاء من تطبيق الوقف بصورة مستعجلة.

(ج) انطباق الوقف ابتداء من بدء الإجراءات

٤٦- يقتضي النهج الأشيع إزاء انطباق الوقف أن ينطبق الوقف عند بدء الإجراءات، عندما تكون مسائل الأهلية والولاية القضائية واستيفاء معايير البدء قد حُسمت وأصبح واضحا أنه ينبغي بدء الإجراءات بدلا من رفض الطلب. وبغية تغطية الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات، يسمح بعض قوانين الإعسار بالأمر باتخاذ تدابير مؤقتة. ومع أن أحكاما أخرى من قانون الإعسار يمكن أن تكون أيضا ذات صلة بحماية حوزة الإعسار قبل البدء، ومنها على سبيل المثال تلك المتعلقة باسترجاع الموجودات، فإنّها عموما لن تنطبق إلا بعد الواقعة.

'١' التدابير المؤقتة

٤٧- في بعض قوانين الإعسار التي لا تنص على بدء الإجراءات آليا عند تقديم طلب، يُستكمَل تطبيقُ الوقف عند بدء الإجراءات بتدابير مؤقتة يمكن الأمر باتخاذها في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات من أجل حماية موجودات المدين التي من المحتمل أن تشكِّل حوزة الإعسار ومصالح الدائنين الجماعية. وحتى إذا اتخذ قرار البدء على نحو سريع، هناك احتمال حدوث تغيُّر في وضع منشأة المدين وتبدُّد موجوداته أثناء تلك الفترة — فالمدين قد تساوره الرغبة في إحالة موجوداته إلى خارج المنشأة، والدائنون قد يلجؤون، عند علمهم بالطلب، إلى اتخاذ تدابير انتصافية إزاء المدين استباقا لأثر أي وقف قد يفرض عند بدء الإجراءات. ومن شأن عدم توفّر تدابير مؤقتة في تلك الظروف أن يحبط أهداف إجراءات الإعسار. وكما هو الحال فيما يتعلق بمعظم التدابير المؤقتة، فإنّ الحاجة إلى إعفاء عموما يجب أن تكون عاجلة ويجب أن تكون لها الأرجحية على أي أضرار يحتمل أن تترتب على تلك التدابير.

٤٨- وإذا سمح قانون الإعسار بمنح تدابير مؤقتة، فمن المهم أن ينص أيضا على استعراضها دوريا، وعلى تجديدها بواسطة المحكمة إذا اقتضت الضرورة ذلك، وأن يعالج ما سيحدث لتلك التدابير عند بدء إجراءات الإعسار. وفي العديد من الحالات لن تكون هناك حاجة إلى استمرار انطباقها بعد بدء الإجراءات لأنّ التدابير المنطبقة آليا عند بدء الإجراءات ستُبطلها. ولكن، إذا لم توفّر التدابير المنطبقة آليا إعفاءً مؤقتا من نوع معيَّن عند بدء الإجراءات وكان ذلك الإعفاء المؤقت مطلوبا بعد بدئها، جاز للمحكمة تمديد انطباق ذلك التدبير المؤقت في الظروف المناسبة. كما إنّ التدابير المؤقتة تنتهي عندما يُرفض طلب مقدّم لبدء الإجراءات أو عندما يكلَّل الطعن في الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة بالنجاح.

'٢' أنواع التدابير المؤقتة

٤٩– قد تكون التدابير المؤقتة متاحة بناء على طلب المدين أو الدائنين أو أطراف ثالثة أو بأمر تصدره المحكمة بمبادرتها الخاصة. وهي يمكن أن تشمل تعيين ممثل مؤقت للإعسار أو شخص آخر (عدا المدين) لإدارة منشأة المدين أو الإشراف عليها ولحماية الموجودات ومصالح الدائنين؛ ومنع المدين من التصرّف في الموجودات؛ وتولي السيطرة على بعض موجودات المدين أو كلها؛ وتعليق إنفاذ الدائنين لحقوقهم الضمانية إزاء المدين؛ ووقف أي إجراء من جانب الدائنين تجاه موجودات المدين، كالإجراء المتخذ مثلا من جانب دائن مضمون أو صاحب حق في الاحتفاظ بالملكية؛ ومنع بدء أو مواصلة الدعاوى الفردية التي يرفعها الدائنون من أجل إنفاذ مطالباتهم.

٥٠– وعندما يعيَّن ممثل إعسار كتدبير مؤقت، قد لا تكون له صلاحيات واسعة كصلاحيات ممثل الإعسار الذي يُعيَّن عند بدء الإجراءات، وقد تكون مهامه مقصورة على حماية الموجودات ومصالح الدائنين. فهو قد يُمنَح، مثلا، صلاحيةَ استخدام موجودات المدين والتصرف فيها في سياق العمل المعتاد، وتسييل كل الموجودات أو جزء منها من أجل حماية قيمة الموجودات التي هي، بحكم طبيعتها أو بسبب ظروف أخرى، قابلة للهلاك أو عرضة لتناقص قيمتها أو هي معرّضة لمخاطر أخرى، والمحافظة عليها. وعلى أي حال، قد تقتضي الضرورة تحديد توازن المسؤوليات بين ممثل الإعسار المؤقت والمدين فيما يتعلق بتشغيل منشأة المدين مع مراعاة أنه لم تتقرر وقتذاك مسألة بدء إجراءات الإعسار. ونظرا لإمكان حدوث أضرار جسيمة لمنشأة المدين أو لحقوق الدائنين في الحالات التي تقرر فيها المحكمة في نهاية الأمر رفض طلب بدء الإجراءات، فإنّ من المستصوب ألا تمارس المحكمة صلاحية منح تدابير مؤقتة إلا عندما تقتنع بأنّ موجودات المدين معرّضة للخطر. وبوجه عام، يواصل المدين تشغيل منشأته واستخدام الموجودات والتصرّف فيها في سياق العمل المعتاد، باستثناء ما تفرض عليه المحكمة قيودا.

'٣' المتطلبات الاستدلالية

٥١– نظرا لأنّ هذه التدابير مؤقتة بطبيعتها ويوافق على اتخاذها قبل أن تقرر المحكمة أن معايير البدء قد استوفيت، يجوز أن يشترط القانون اقتناع المحكمة بأن هناك احتمالا مرجحا إلى حد ما بأن المدين سيستوفي متطلبات البدء. وفي حال قيام طرف آخر غير المدين بطلب التدبير، يجوز أن تشترط المحكمة على مقدِّم الطلب تقديم دليل يثبت أنّ التدبير ضروري لصون قيمة موجودات المدين أو تفادي تبدّدها. وفي تلك الحالة، قد يُشترط أيضا توفير

شكل من أشكال الضمانة للتكاليف أو الرسوم أو الأضرار، كإيداع تعهد مثلا، في حال عدم بدء الإجراءات بعد ذلك، أو إذا أدى التدبير الملتمس إلى إلحاق ضرر ما بمنشأة المدين. وقد يكون من المناسب، في حال الحصول على التدابير المؤقتة بشكل غير سليم، أن يُسمح للمحكمة بتقدير التكاليف والرسوم والتعويضات التي ستُفرض على طالب التدبير.

'٤' الإشعار بالطلب وبالأوامر الصادرة بشأن اتخاذ تدابير مؤقتة

٥٢- قد يكون من الضروري أيضا أن ينظر قانون الإعسار في مسألة الإشعار بطلب التدابير المؤقتة وبصدور أمر باتخاذها (بما في ذلك الوقت الذي ستصبح فيه تلك التدابير سارية)، وفي مسألة تحديد الأطراف التي يجب إشعارها. وكمبدأ عام، ينبغي أن يتلقى المدين إشعارا بطلب التدابير المؤقتة وأن تتاح له الفرصة للطعن في الطلب. ولا يكون من المستصوب، إلا في ظروف استثنائية، الاستغناء عن إشعار المدين والمضي في تنفيذ الطلب من جانب واحد. ومع أنّ العديد من القوانين يسمح بتقديم طلبات من جانب واحد بشأن التدابير المؤقتة، فإنّها تفعل ذلك عموما استنادا إلى أن مقدِّم الطلب يوفّر ضمانة للتكاليف والأضرار ويستطيع أن يثبت العجلة المطلوبة، أي أنّ ضررا لا يُعوَّض سيحدث إذا اشتُرط عليه أن يلتمس التدبير المطلوب بموجب إجراءات عرفية تقتضي الإشعار قبل أيام عديدة.[١٣] ومع ذلك، حالما يصدر أمر باتخاذ تدابير مؤقتة على أساس طلب من جانب واحد، سيكون من حق المدين عموما أن يتلقى إشعارا بالأمر وأن تتاح له الفرصة لكي يسمع. ونظرا لضرورة تفادي إلحاق أي ضرر غير مبرر بالمدين الذي لا يجري بدء إجراءات الإعسار تجاهه فيما بعد، قد يلزم جعل الإشعار بأمر اتخاذ التدابير المؤقتة مقصورا على الأطراف التي يمسها الأمر مباشرة. وينبغي أيضا إشعار الأطراف الأخرى عندما تكون التدابير المؤقتة الملتمسة كفيلة بالمساس بمصالحها.

'٥' الإعفاء من التدابير المؤقتة

٥٣- قد يكون من المناسب الإعفاء من انطباق تدابير مؤقتة كالتعديل أو الإنهاء عندما يؤدي تطبيقها إلى إلحاق ضرر بمصالح الأشخاص المستهدفين بها. ويمكن أن تشمل الأمثلة الحالات التي تتعلق ببضائع معرّضة للتلف والدعاوى المتصلة بالحفاظ على مطالبة تجاه المدين أو تقرير مقدارها، كما يمكن أن تشمل في بعض الحالات الدائنين المضمونين. وقد يستلزم

(13) انظر عمل الأونسيترال بشأن التدابير المؤقتة التي تأمر بها المحكمة في دعم التحكيم (A/CN.9/WG.II/WP.119)، في الجزء الثاني من حولية الأونسيترال ٢٠٠٢، وهو متاح على الموقع (www.uncitral.org).

منح هذا الإعفاء مضاهاته بالضرر الذي يمكن أن يقع على مصالح الدائنين عموما أو على موجودات المدين. ويجوز إتاحته بناء على طلب الطرف المتأثر أو طلب ممثل الإعسار أو بمبادرة من المحكمة ذاتها، وهو سيستلزم بوجه عام إشعار الشخص المتأثر أو الأشخاص المتأثرين بالتعديل أو الإنهاء بذلك. وعندما يكَلَّل الطعن في أمر صادر بشأن اتخاذ تدبير مؤقت بالنجاح، ينتهي تطبيق ذلك التدبير عموما أو تُعدِّله المحكمة.

٦– مدة انطباق الوقف

(أ) الدائنون غير المضمونين

٥٤– ينص عديد من قوانين الإعسار على أن ينطبق الوقف على الدائنين غير المضمونين طوال مدة إجراءات التصفية وإعادة التنظيم. وفي إجراءات التصفية، سيعني هذا بوجه عام انطباقه حتى إكمال عملية تصفية الموجودات وإغلاق الإجراءات. أمّا في إعادة التنظيم، فليست مدّة الإجراءات بهذا الوضوح؛ فبعض القوانين ينص على انتهاء الإجراءات عند الموافقة على خطة إعادة التنظيم وبدء نفاذها، بينما تنص قوانين أخرى على تأجيل الإغلاق إلى أن تنجز الخطة بالكامل. وقد يكون انطباق الوقف حتى ذلك التاريخ المؤجل غير ضروري على أساس أنّ مطالبات الدائنين غير المضمونين ينبغي أن تعالج في خطة إعادة تنظيم تمت الموافقة عليها.

٥٥– ويجوز إعفاء الدائنين غير المضمونين من انطباق الوقف في حالات معيَّنة كتلك التي أشير إليها آنفا فيما يتعلق بالحفاظ على مطالبة ما أو تقرير مقدارها (انظر الفقرتين ٣٣ و٣٤، أعلاه).

(ب) الدائنون المضمونون

'١' إعادة التنظيم

٥٦– قد يكون من المستصوب أن ينطبق الوقف على الدائنين المضمونين طوال فترة زمنية كافية من أجل ضمان تسيير عملية إعادة التنظيم بصورة منتظمة دون احتمال فصل الموجودات قبل أن يتسنى تقرير الكيفية التي ينبغي أن تعالَج بها تلك الموجودات في إعادة التنظيم والموافقة على خطة مناسبة. وتفاديا لتطبيق الوقف لفترة غير مؤكدة أو مطوّلة بشكل غير ضروري، وتشجيعا لحسم الإجراءات على نحو سريع، قد تكون هناك مزيّة في حصر

فترة انطباق الوقف في الوقت الذي قد يكون لازما بشكل معقول لكي تصبح خطة إعادة التنظيم نافذة، على شرط ألاّ يستغرق ذلك فترة زمنية طويلة وألاّ يُسمح باستمرار الإجراءات طيلة أعوام دون أن تُقترح خطة وتتم الموافقة عليها. وقد تكون لهذا الحصر الزمني أيضا مزيّة تتمثل في إعطاء الدائنين المضمونين قدرا من اليقين والقدرة على التنبؤ فيما يتعلق بمدة فترة تأجيل حقوقهم ومعالجة تلك الحقوق في الخطة. ويمكن تحديد فترة زمنية ثابتة كبديل. غير أنّ الصعوبة في اتباع هذا النهج هي أنّ الفترة الزمنية قد لا تكون دائما طويلة بما فيه الكفاية، تبعا لحجم وتعقُّد عملية إعادة التنظيم والخطة المطلوبة، وقد يكون من الصعب إنفاذها. وربما تشمل الحلول إرساء حدود زمنية واضحة، مع إمكانية تمديدها (انظر الفقرة ٥٨، أدناه)، أو النص على إعفاء من الوقف في ظروف معيّنة (انظر الفقرتين ٦٠ و٦١، أدناه). ومن المهم أن يشجّع مجمل تصميم قانون الإعسار على تقدّم الإجراءات بسرعة وكفاءة، بحيث يكون من الممكن اختصار فترة انطباق الوقف على الدائنين المضمونين بقدر الامكان، خصوصا في حالة إعادة التنظيم.

'٢' التصفية

٥٧- تعتمد قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء انطباق الوقف على الدائنين المضمونين في سياق إجراءات التصفية. وتعتمد بعض القوانين التي تطبّق الوقف على الدائنين المضمونين النهج الذي يقضي بانطباق الوقف آليا عند بدء إجراءات التصفية ولكن لفترة وجيزة فقط، تدوم ٣٠ أو ٦٠ يوما مثلا. والغرض من هذه الفترة هو أن يُتاح لممثل الإعسار الاضطلاع بواجباته وإجراء حصر لموجودات الحوزة والتزاماتها وتحديد أفضل الوسائل لتحقيق تصفية الموجودات. وعندما تكون الموجودات المرهونة ضرورية لبيع المنشأة كمنشأة عاملة، ينص بعض القوانين على أنه يجوز تمديد فترة انطباق الوقف إلى ما بعد انتهاء الفترة المحدّدة أصلا. ولكن، يمكن رفع الوقف (انظر الفقرة ٦٠، أدناه)، إذا كانت الموجودات المرهونة غير لازمة لبيع المنشأة. وثمة نهج آخر يوسّع نطاق الوقف ليشمل الدائنين المضمونين طوال فترة إجراءات التصفية، رهنا بصدور أمر إعفاء من محكمة عندما يكون من الممكن إثبات أنّ قيمة الموجودات المرهونة أخذت تتضاءل ولا يمكن المحافظة عليها.

٧- تمديد مدة الوقف

٥٨- مثلما ذُكر آنفا، يجوز أن يتضمّن القانون حكما بشأن تمديد الوقف في حال انطباق الوقف لفترة محدّدة. ويُستشَفّ من تجربة بعض البلدان أنّ تمديد انطباق الوقف قد عومل كمسألة روتينية، مما ترتّب عليه تمديد الوقف لفترات وصلت إلى عدّة سنوات، محبطا في

النهاية الغرض من إجراءات الإعسار ومدمِّرا أيّ قيمة كان يمكن توفيرها للدائنين في البداية. وتفاديا لهذا الوضع، من المستصوب أن ينص قانون الإعسار على قواعد واضحة بشأن مدى توافر التمديدات، وحصر عدد الأطراف التي يجوز لها طلب التمديد، وتحديد الأسس للموافقة على التمديد. فالتمديد يمكن أن يكون متاحا، مثلا، بناء على طلب ممثل الإعسار عندما يكون من الممكن إثبات أنه لازم من أجل زيادة القيمة إلى أقصى حد (مثلا عندما يكون هناك احتمال معقول بأن منشأة المدين أو وحدات من منشأة المدين يمكن أن تباع كمنشأة عاملة)، شريطة ألا تضرّ هذه الخطوة بمصالح الدائنين المضمونين. وبغية توفير حماية إضافية وتفادي تطبيق الوقف إلى أجل غير مسمى أو لفترة أطول من اللازم، من المستصوب أن يحصر قانون الإعسار فترة تمديد الوقف، وربما أيضا عدد المرات المسموح بها للتمديد.

٨– حماية الدائنين المضمونين

٥٩– مثلما ذُكر آنفا، عندما يشمل نطاق الوقف الدائنين المضمونين، يمكن أن يعتمد قانون الإعسار تدابير معيّنة لحماية مصالحهم. ويمكن أن تتضمّن هذه التدابير، بالإضافة إلى حصر مدة الوقف، السماح برفع الوقف واعتماد تدابير من شأنها أن تضمن حماية قيمة الموجودات المرهونة من التضاؤل نتيجة لبدء إجراءات الإعسار، عندما تكون قيمة المطالبة المضمونة أكبر من قيمة الموجودات المرهونة أو قريبة منها. وبما أنّ هذه التدابير مترابطة، فإنّ من المستصوب أن يعتمد قانون الإعسار نهجا متماسكا. فعندما تكون مدة انطباق الوقف قصيرة، مثلا، قد لا تكون هناك حاجة إلى أن يشترط القانون حماية قيمة الموجودات المرهونة. ولكن، عندما ينطبق الوقف لمدة طويلة، قد يكون رفع الوقف علاجا أنجع تكلفة من توفير الحماية لقيمة الموجودات، شريطة ألاّ تكون الموجودات مطلوبة للإجراءات. ويمكن أيضا حماية مصالح الدائنين المضمونين بصورة أعمّ باستشارتهم بشأن استخدام وبيع الموجودات المرهونة؛ ودفع الفوائد بقدر ما تسمح بذلك عائدات الموجودات؛ وتولّي الإشراف على الموجودات عندما تكون قيمتها أقل من قيمة المطالبة المضمونة. وترد مناقشة هذه التدابير في الأبواب التالية. وقد يلزم إجراء موازنة بين استصواب النهُج التي توفّر الحماية لقيمة الموجودات المرهونة، من جهة، والتكاليف المحتملة لتلك التدابير وتعقّدها المحتمل، بما في ذلك التثمين، والحاجة إلى أن تكون المحكمة قادرة على اتخاذ قرارات تجارية صعبة بشأن مسألة الحماية، من الجهة الأخرى. وعندما تتوفّر الحماية، قد يكون من المستصوب أن يوفّر قانون الإعسار إرشادات بشأن الوقت الذي يصبح فيه للدائنين الذين لهم مصلحة ضمانية من نوع ما في موجودات المدين الحق في أنواع الحماية المبيّنة أدناه، والكيفية التي سيصبحون بها كذلك.

(أ) الاعفاء من الوقف

٦٠- قد تنشأ في إجراءات التصفية وإعادة التنظيم ظروف يكون من المناسب فيها منح الدائنين المضمونين إعفاء من الوقف. فيمكن السماح للدائن المضمون، مثلا، بأن يقدّم إلى المحكمة طلبا يلتمس فيه رفع الوقف، أو يمكن السماح لممثل الإعسار (دون موافقة المحكمة) بالإفراج عن الموجودات. ومن الأمثلة على هذه الظروف الحالة التي تكون فيها قيمة مطالبة الدائن المضمون أكبر من قيمة الموجودات المرهونة؛ أو الحالة التي لا يحصل فيها الدائن المضمون على الحماية من تضاؤل قيمة الموجودات المرهونة؛ أو الحالة التي قد يكون فيها توفير الحماية غير ممكن أو مرهقا للحوزة بشكل مفرط؛ أو الحالة التي تكون فيها الموجودات المرهونة غير لازمة لإعادة تنظيم المنشأة أو بيعها كمنشأة عاملة في عملية التصفية؛ أو عندما يكون الإعفاء مطلوبا لحماية قيمة الموجودات، ولا سيما السلع المعرّضة للتلف، أو المحافظة عليها؛ أو الحالة التي لا تتم فيها الموافقة، في غضون أي أجل مسمى، على خطة لإعادة تنظيم المنشأة.

٦١- وعندما يُمنح الإعفاء من الوقف، يجوز أن ينص قانون الإعسار على إعادة الموجودات المرهونة إلى الدائن المضمون. واعتبارا من تلك اللحظة، لا تشكّل الموجودات جزءا من الحوزة، وتكون للدائن المضمون حرية تامة لإنفاذ حقوقه. وقد يُطلب من ممثل الإعسار بموجب بعض قوانين الإعسار أن يقرر ما إذا كان ينبغي إعادة الموجودات إلى الدائن المضمون أو ما إذا كان يمكن التنازل عن الموجودات. والفرق بين هذين الخيارين قد تترتب عليه آثار من حيث التكلفة تلحق بالحوزة. فمثلا، إذا كانت الموجودات قطعة معدات كبيرة، قد تتطلب إعادتها إلى الدائن نفقات من الحوزة على النقل، في حين أن التنازل عنها يلقي عبء تكاليف إزاحتها على الدائن.

٦٢- ومع أنّ الأحكام المتعلقة بالإعفاء من الوقف تتناول في المقام الأول مصالح الدائنين المضمونين، فإنّ هناك أمثلة لقوانين للإعسار تنص على أنه يمكن إعفاء دائن غير مضمون من الوقف. وقد يكون هذا وثيق الصلة بحالة السلع المعرضة للتلف وبالحالات التي لا يسمح فيها قانون الإعسار ببدء المطالبات أو مواصلتها، والسماح بالبت في مطالبة ما في محكمة أخرى، حيث يمكن أن تكون عملية المقاضاة أكثر تقدما ومن الممكن إتمامها بكفاءة، أو السماح بالمضي في مطالبة تجاه الشركة المؤمَّن على المدين لديها.

(ب) حماية القيمة

٦٣– يعتمد بعض قوانين الإعسار أحكاما موضوعة خصيصا لمعالجة التأثير السلبي الذي يلحق بالدائنين المضمونين من جراء الوقف، وذلك بالمحافظة على القيمة الاقتصادية للمطالبات المضمونة أثناء فترة الوقف (يشار إلى هذا الإجراء في بعض الولايات القضائية بمصطلح "الحماية الوافية"). وعندما يكون في استطاعة الحوزة أن تحافظ على قيمة الموجودات المرهونة، فإنّ من الممكن اتباع عدة نُهُج إزاءها.

'١' حماية قيمة الموجودات المرهونة

٦٤– يتمثل أحد النهُج في حماية قيمة الموجودات المرهونة ذاها، على أن يُفهم أنّ عائدات بيعها، عند التصفية، ستوزع مباشرة على الدائنين بقدر الجزء المضمون من مطالبتهم. وقد يتطلب هذا النهج اتخاذ عدد من الخطوات لتنفيذه.

٦٥– فأثناء فترة الوقف، من المحتمل أن تتناقص قيمة الموجودات المرهونة. وبما أنّ مدى تمتع الدائن المضمون بالأولوية عندما يجري التوزيع في نهاية الأمر سيكون محدودا بقيمة الموجودات المرهونة، فإنّ تضاؤل القيمة يمكن أن يكون مجحفا للدائن المضمون. وينص بعض قوانين الإعسار على أنه ينبغي لممثل الإعسار أن يحمي الدائنين المضمونين من أي تضاؤل في القيمة، إمّا بتوفير موجودات إضافية أو بديلة، وإما بتقديم مدفوعات نقدية دورية تعادل مقدار نقصان القيمة. وهذا النهج ليس ضروريا إلا عندما تكون قيمة الموجودات المرهونة أقل من مقدار المطالبة المضمونة. وإذا كانت القيمة تفوق مقدار المطالبة فإنّ الدائن المضمون لن يتكبد خسائر نتيجة لتناقص القيمة إلى أن تصبح تلك القيمة غير كافية لسداد المطالبة المضمونة. وبعض الدول التي تحافظ على قيمة الموجودات المرهونة على النحو المبيّن تسمح أيضا بدفع فائدة أثناء فترة الوقف تعويضا عن التأخر الذي تفرضه الإجراءات. غير أنّ دفع الفائدة قد يكون محدودا طالما كانت قيمة الموجودات المرهونة أكبر من قيمة المطالبة المضمونة. وفي الحالات الأخرى، قد يؤدي التعويض عن التأخر إلى استنفاد الموجودات المتاحة للدائنين غير المضمونين. وهذا النهج قد يشجّع المقرضين على التماس مصلحة ضمانية من شأنها أن تحمي قيمة مطالباتهم حماية وافية.

تقدير قيمة الموجودات المرهونة

٦٦– من الأمور الأساسية لمفهوم حماية قيمة الموجودات المرهونة إيجاد آلية لتقدير قيمتها لكي يتسنى للمحكمة أن تنظر فيما إذا كان سيتعيّن تعويض الدائنين المضمونين وأن تقرر

مقدار التعويض كتدبير انتصافي إزاء تناقص قيمة الموجودات المرهونة أثناء الإجراءات. وهذه المسألة يمكن أن تكون معقدة وقد تنطوي على أمور تتعلق بالأساس الذي سيستند إليه في تقدير قيمة تلك الموجودات (مثلا، قيمة المنشأة العاملة أو قيمة التصفية)، وبتحديد الطرف الذي سيتولى تقدير القيمة، وتحديد التاريخ ذي الصلة لتقدير القيمة، مع إيلاء الاعتبار للغرض من طلب تقدير قيمتها. وفي بعض الحالات قد تكون الأطراف قد قدّرت قيمة الموجودات قبل بدء الإجراءات، وقد يكون تقدير قيمتها لا يزال صحيحا عند البدء. وقد يكون ثمة حاجة إلى تقدير إجمالي لقيمتها بُعيد بدء الإجراءات وذلك لغرض تسجيل جميع الموجودات والالتزامات المالية وإعداد بيان بصافي رصيد المدين، لكي يكون لدى ممثل الإعسار فكرة عن قيمة الحوزة. وقد يحتاج إلى تقدير قيمة الموجودات، وخصوصا الموجودات المرهونة، أثناء الإجراءات بغية تحديد قيمة المطالبة المضمونة (وأي مطالبة غير مضمونة ذات صلة) ومسائل الحماية فيما يتعلق بأي تناقص في تلك القيمة. وقد يحتاج أيضا إلى تقدير قيمة الموجودات دعما للتصرّف في أجزاء من المنشأة أو في موجودات معيّنة خارج سياق العمل المعتاد، وكذلك عند إقرار خطة إعادة تنظيم تمت الموافقة عليها لاستيفاء الشروط المنطبقة. ومن المسائل ذات الصلة بذلك مسألة التكلفة المترتبة على تقدير القيمة والطرف الذي ينبغي له أن يتحمّل تلك التكلفة.

٦٧- وثمة نهج مفاده أن تُقدَّر قيمة الموجودات، في المرة الأولى على الأقل، باتفاق الأطراف المعنية (المدين أو ممثل الإعسار من جهة، والدائن المضمون من جهة أخرى). وتنص قوانين أخرى على نُهج مختلفة قائمة على اللجوء إلى المحكمة. فمثلا، يجوز للمحكمة، بدلا من أن تتولى بنفسها تقدير القيمة، أن تحدّد أسلوب تقدير القيمة الذي يمكن أن يضطلع به خبراء مختصون. ويمكن دعم هذا النهج بالنص في قانون الإعسار على مبادئ واضحة يمكن الاستناد إليها في تقدير القيمة. وثمة نهج بديل وهو أن تتولى المحكمة، ربما على إثر قيام ممثل الإعسار بتقدير أو تقييم أولي للقيمة، مهمة تقدير القيمة على أساس أدلة قد تشمل دراسة الأسواق وظروفها وشهادة الخبراء. وتقتضي بعض القوانين أن تُقدَّر قيمة الموجودات استنادا إلى السوق من خلال البيع، بحيث يُحصل على أعلى سعر متاح في السوق للموجودات من خلال عطاء أو مزاد. بيد أن هذا الأسلوب لتقدير القيمة يتسم بكونه أقلّ انطباقا على حماية قيمة الموجودات المرهونة أو المطالبة المضمونة مما على حالة تصرف ممثل الإعسار في موجودات الحوزة.

٦٨- وفي بعض حالات التصفية، قد يرى ممثل الإعسار أنّ من الضروري استخدام الموجودات المرهونة أو بيعها (انظر الفقرات ٨٣-٨٦، أدناه) من أجل زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد. ففي التصفية على سبيل المثال، إذا كان ممثل الإعسار يرى أن السبيل الأفضل

لزيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد هو أن تواصل المنشأة عملها لفترة مؤقتة، فقد يود أن يبيع المخزون المرهون جزئيا. وفي إجراءات إعادة التنظيم أيضا، قد يكون الأفضل لمصلحة الحوزة أن تباع الموجودات المرهونة ذات الطبيعة المتشابهة من أجل توفير رأس المال العامل اللازم. ومن ثم، عندما يكون الدائنون المضمونون محميين بالمحافظة على قيمة الموجودات المرهونة، قد يكون من المستصوب لقانون الإعسار أن يتيح لممثل الإعسار خيار تزويد الدائن بمصلحة ضمانية مكافئة بديلة، تكون امتيازا مثلا على موجودات أخرى أو عائدات من بيع الموجودات المرهونة، أو دفع المبلغ الكامل لقيمة الموجودات التي تضمن المطالبة المضمونة، إمّا فورا أو عن طريق خطة دفع متفَق عليها. وتركز نُهُج أخرى على استخدام عائدات بيع الموجودات المرهونة (انظر الفقرتين ٩٢ و٩٣، أدناه). ومن الأساليب المتاحة أن تمنع المحكمة ممثل الإعسار من استخدام تلك العائدات، سواء في الحاضر أو في المستقبل. ويمنح بعض القوانين الدائنين المضمونين إعفاء من الوقف حتى يتمكنوا من السعي إلى الحصول على وسائل انتصاف فردية فيما يتعلق بتلك العائدات، أو تحميل الكيان المدين أو إدارته أو ممثل الإعسار مسؤولية شخصية عن مقدار العائدات، أو جعل الدين غير قابل لإبراء الذمة، عندما لا يأذن الدائن المضمون أو المحكمة باستخدام العائدات.

'٢' حماية قيمة الجزء المضمون من المطالبة

٦٩– ثمة نهج ثان لحماية مصالح الدائنين المضمونين يتمثل في حماية قيمة الجزء المضمون من المطالبة. فعند بدء الإجراءات مباشرة، تُقدَّر قيمة الموجودات المرهونة ثم يقرَّر، استنادا إلى ذلك التقدير، مقدار الجزء المضمون من مطالبة الدائن. ويظل هذا المقدار ثابتا طوال الإجراءات ويتلقى الدائن المضمون، عند التوزيع في أعقاب التصفية، مطالبة ذات أولوية من الدرجة الأولى تعادل ذلك المقدار. وأثناء الإجراءات، يمكن للدائن المضمون أن يتلقى أيضا نسبة الفائدة التعاقدية على الجزء المضمون من المطالبة تعويضا عن التأخر الذي فرضته الإجراءات. ويتجنب هذا النهج بعض التعقيدات المرافقة للتقدير الجاري لقيمة الموجودات المرهونة والذي قد يكون لازما في إطار النهج الأول المشار إليه أعلاه.

٩– التقييدات المفروضة على تصرف المدين في الموجودات

٧٠– تعتمد قوانين الإعسار عموما ، بالإضافة إلى التدابير الرامية إلى حماية حوزة الإعسار من تصرفات الدائنين والأطراف الثالثة، تدابير تستهدف الحد من إمكان تصرّف المدين في موجودات الحوزة (انظر الفقرة ١٦، أعلاه). وتنطبق هذه التدابير بوجه عام بعد بدء

الإجراءات، ولكن يجوز في بعض الحالات أن تنطبق أيضا أثناء الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب لبدء الإجراءات والبدء ذاته. فمثلا، عند تعيين ممثل مؤقت للإعسار كتدبير مؤقت قبل بدء الإجراءات، قد يكون المدين خاضعا لإشراف أو سيطرة ممثل الإعسار المؤقت، وعموما تكون صلاحياته في التصرّف في موجوداته محدودة (انظر الفقرة ٥٠، أعلاه). وتنص بعض قوانين الإعسار على أن هذه الفترة لن تحدث إلا في حال قيام الدائن بتقديم الطلب، لأنّ طلب المدين من شأنه أن يؤدي إلى بدء الإجراءات آليا.

٧١- وفي حال تعيين ممثل للإعسار عند بدء إجراءات الإعسار، تنص قوانين إعسار كثيرة فيما يخص المدين على أنه إمّا سيفقد كل سيطرته على حوزة الإعسار ولن يكون قادرا على الانضمام إلى أي معاملة بعد بدء الإجراءات، وإما سيحتفظ، ولكن بصورة محدودة، بصلاحيات تتعلق بالتسيير اليومي للمنشأة وسيكون قادرا على الدخول في معاملات في سياق العمل المعتاد فقط، علما بأنّ معاملات لا تندرج ضمن تلك الفئة، مثل بيع الموجودات المهمة الذي عادة ما يحصل خارج سياق العمل المعتاد، قد تتطلب إذنا من ممثل الإعسار أو من المحكمة أو، في بعض الحالات، من الدائنين.

٧٢- وعندما ينضمّ المدين إلى معاملة غير مأذون بها، سواء أكان ذلك في الفترة الفاصلة بين الطلب وبدء الإجراءات أم بعد بدء الإجراءات، فإنّ الأثر يتمثّل عادة في أنّ أي ممتلكات أحيلت ينبغي إعادتها إلى ممثل الإعسار، وأنّ أي التزامات نشأت لا يجوز إنفاذها على الحوزة. ولكن، قد تكون هناك شواغل إزاء الطرف المقابل في المعاملة، خاصة إذا انضمّ ذلك الطرف إليها بحسن نية ودفع قيمة ما حصل عليه. ولذلك، ينص بعض قوانين الإعسار على أنّ تلك المعاملات تكون صحيحة في ظروف معيّنة منها، على سبيل المثال، الحالات التي تكون فيها الإحالة قد انحصرت في موجودات غير منقولة وتمت قبل قيد بدء الإعسار في السجل المناسب، أو الحالة التي يقوم فيها طرف ثالث لديه موجودات معيّنة تخص المدين بإحالة تلك الموجودات إلى طرف آخر بحسن نية ودون أي علم ببدء إجراءات الإعسار. لكن إدراج حكم من هذا القبيل، وإن كان يخدم حماية طرف ثالث بريء، يمكن أن يتسبب أيضا في تخفيض الموجودات المتاحة للدائنين. ولذلك، من المستصوب، إذا كان من المزمع إدراج حكم من هذا القبيل في قانون الإعسار، أن يكون في إطار ضيق. ونظرا لأن التأخر بين البدء والإشعار به يمكن أن يكون أساسيا لحدوث هذه الإحالات، فإنّ من الأساسي أن تؤدي الاشتراطات المتعلقة بالإشعار بالبدء إلى إشعار مبكّر وفعّال (انظر الفقرات ٦٤-٧١ من الفصل الأول).

٧٣- ويتناول بعض قوانين الإعسار العقود التي يبرمها المدين والمعاملات التي ينفّذها في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات والتي هي غير مرخّص بها، لا بموجب

قانون الإعسار ولا من قِبل ممثل الإعسار أو المحكمة أو الدائنين (حسب الاقتضاء)، فتعالجها تلك القوانين من حيث أحكام الإبطال، وتطبق فترة الاشتباه بأثر رجعي اعتبارا من وقت بدء الإجراءات (انظر الفقرة ١٨٨، أدناه).

التوصيات ٣٩–٥١

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام الخاصة بحماية الحوزة والحفاظ عليها هو:

(أ) وضع تدابير تكفل عدم تناقص قيمة الحوزة بسبب تصرفات المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة؛

(ب) تحديد نطاق تلك التدابير والتصرفات والأطراف التي تنطبق عليها؛

(ج) تحديد أسلوب تطبيق تلك التدابير ووقته ومدته؛

(د) تحديد أسس الإعفاء من تلك التدابير.

مضمون الأحكام التشريعية

التدابير المؤقتة[(١٤)] (الفقرات ٤٧–٥٣)

٣٩– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة أن تمنح إعفاء ذا طابع مؤقت، بناء على طلب المدين أو الدائنين أو الأطراف الثالثة، عندما تكون هناك حاجة إلى الإعفاء من أجل حماية وصون قيمة موجودات المدين[(١٥)] أو مصالح الدائنين في الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء الإجراءات،[(١٦)] بما في ذلك:

(14) هذه المواد تتبع المواد المناظرة لها في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، انظر المادة ١٩ (انظر المرفق الثالث).

(15) يقصد بالإشارة إلى الموجودات في الفقرات من (أ) إلى (ج) أن تكون قاصرة على الموجودات التي من شأنها أن تمثل جزءا من حوزة الإعسار حالما تبدأ الإجراءات.

(16) ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار وقت نفاذ أمر متعلق بالتدابير المؤقتة؛ كأن ينص مثلا، عند إصدار الأمر، على أن يكون ذلك الأمر نافذا اعتبارا من الساعة الأولى من يوم إصداره، أو أي وقت محدّد آخر (انظر الفقرة ٤٤، أعلاه).

(أ) وقف الحجز على موجودات المدين، بما في ذلك الإجراءات المتخذة لجعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛

(ب) إسناد إدارة منشأة المدين أو الإشراف عليها، بما في ذلك صلاحية استخدام الموجودات والتصرف فيها في سياق العمل المعتاد، إلى ممثل الإعسار أو شخص آخر[١٧] تعيّنه المحكمة؛

(ج) إسناد مهمة تسييل كل موجودات المدين أو جزء منها إلى ممثل الإعسار أو شخص آخر تعيّنه المحكمة، من أجل حماية وصون قيمة موجودات المدين التي هي، بحكم طبيعتها أو بسبب ظروف أخرى، معرضة للتلف أو عُرضة لتدني قيمتها أو معرضة للخطر بشكل آخر؛

(د) أي إعفاء آخر من النوع المنطبق أو المتاح عند بدء الإجراءات بمقتضى التوصيتين ٤٦ و٤٨.

تعويض الخسارة في سياق التدابير المؤقتة (الفقرة ٥١)

٤٠- يجوز أن يوفّر قانون الإعسار للمحكمة الصلاحية من أجل:

(أ) مطالبة مقدِّم الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة بأن يوفّر التعويض عن الخسارة، وأن يدفع التكاليف أو الرسوم إذا اقتضى الأمر؛ أو

(ب) فرض جزاءات في سياق الطلب الخاص بالتدابير المؤقتة.

توازن الحقوق بين المدين وممثل الإعسار (الفقرات ٥٠ و٧٠-٧٣)

٤١- ينبغي أن يحدّد القانون بوضوح توازن الحقوق والالتزامات بين المدين وأي ممثل للإعسار يُعَّين كتدبير مؤقت. ففي الفترة الفاصلة بين تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار وبدء تلك الإجراءات، يحق للمدين أن يواصل تشغيل منشأته ويستخدم الموجودات ويتصرف فيها في سياق العمل المعتاد، باستثناء ما تفرضه المحكمة من تقييدات.

(17) لا يُقصد بالمصطلح "شخص آخر" الوارد في الفقرتين (ب) و(ج) من التوصية ٣٩ أن يشمل المدين.

الإشعار (الفقرة ٥٢)

٤٢– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، ما لم تقرر المحكمة الحدّ من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه، يجب توجيه إشعار مناسب إلى الأطراف المتأثرة ذات المصلحة بما يلي:

(أ) طلب لتنفيذ التدابير المؤقتة أو أمر من المحكمة بتنفيذها، (بما في ذلك طلب بشأن استعراضها وتعديلها أو إنهائها)؛

(ب) أمر من المحكمة باتخاذ تدابير إضافية تنطبق عند البدء ما لم تقرر المحكمة الحد من ضرورة الإشعار أو الاستغناء عنه.

التدابير المؤقتة بناء على طلب من طرف واحد (الفقرة ٥٢)

٤٣– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال عدم توجيه إشعار إلى المدين أو طرف آخر ذي مصلحة ومتأثر بتدبير مؤقت بالطلب الخاص بالتدبير المؤقت، يحق للمدين أو للطرف الآخر ذي المصلحة المتأثر بالتدابير المؤقتة، أن يُسمَع رأيه بسرعة،(١٨) فيما إذا كان ينبغي استمرار التدبير الانتصافي.

تعديل التدابير المؤقتة أو إنهاؤها (الفقرة ٥٣)

٤٤– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، بمبادرتها أو بناء على طلب من ممثل الإعسار أو المدين أو الدائن أو أي شخص آخر متأثر بالتدابير المؤقتة، أن تستعرض تلك التدابير وتعدِّلها أو تُنهيها.

إنهاء التدابير المؤقتة (الفقرة ٥٣؛ والفقرة ٦٣ من الفصل الأول)

٤٥– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المؤقتة تنتهي عندما:

(أ) يُرفض طلب مقدَّم بشأن البدء؛

(18) ينبغي لأي أجل مسمّى ضمن القانون أن يكون قصيرا لمنع حدوث خسارة في قيمة منشأة المدين.

(ب) يُطعن بنجاح في أمر باتخاذ تدابير مؤقتة بمقتضى التوصية ٤٣؛

(ج) تُصبح التدابير المنطبقة عند البدء نافذة، ما لم تقرر المحكمة استمرار نفاذ التدابير المؤقتة.

التدابير المنطبقة عند البدء (الفقرات ٣٠-٣٤)

٤٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عند بدء إجراءات الإعسار:[١٩]

(أ) يطبَّق الوقف على بدء أو مواصلة الدعاوى الفردية أو الإجراءات[٢٠] المتعلقة بموجودات المدين وحقوقه أو واجباته أو التزاماته المالية؛

(ب) يطبَّق الوقف على الإجراءات المتخذة من أجل جعل المصالح الضمانية نافذة على الأطراف الثالثة وإنفاذ المصالح الضمانية؛[٢١]

(ج) يطبَّق الوقف على التنفيذ أو غيره من أشكال الإنفاذ الذي يستهدف موجودات الحوزة؛

(د) يعلَّق حق الطرف المقابل في إنهاء أي عقد مع المدين؛[٢٢]

(19) ستكون هذه التدابير نافذة بوجه عام وقت صدور الأمر بالبدء.

(20) انظر المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر الفصل الثالث). ويقصد بالدعاوى الفردية المشار إليها في الفقرة الفرعية (أ) من التوصية ٤٦ أن تشمل أيضا الدعاوى المعروضة على هيئة تحكيم. غير أنه قد لا يتسنى دائما تنفيذ الوقف التلقائي لإجراءات التحكيم، كما هو الحال عندما لا يجري التحكيم داخل الدولة بل في مكان أجنبي.

(21) إذا كان قانون غير قانون الإعسار يسمح بجعل تلك المصالح الضمانية نافذة في فترات زمنية محدّدة، فمن المستصوب أن يعترف قانون الإعسار بتلك الفترات الزمنية وأن يسمح بجعل المصلحة نافذة عندما يحدث بدء إجراءات الإعسار قبل انقضاء أجل الفترة الزمنية المحدّدة. وعندما لا يتضمّن قانون غير قانون الإعسار تلك الفترات الزمنية، أُعمل الوقف المنطبق عند بدء الإجراءات للحيلولة دون جعل المصلحة الضمانية نافذة. (للاطلاع على مزيد من المناقشة، انظر الفقرة ٣٢، أعلاه، وكذلك دليل الأونسيترال التشريعي بشأن المعاملات المضمونة).

(22) انظر الفقرات ١١٤-١١٩، أدناه. ولا يقصد بهذه التوصية استبعاد إنهاء عقد ما إذا كان ذلك العقد ينص على تاريخ للإنهاء واقع بعد بدء إجراءات الإعسار.

(هـ) يعلّق الحق في إحالة أيٍّ من موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها على نحو آخر.(٢٣)

الاستثناءات من انطباق الوقف (الفقرة ٣٥)

٤٧- يجوز أن يسمح قانون الإعسار باستثناءات من انطباق الوقف أو تعليق الحقوق وفقا للتوصية ٤٦، وعندما يسمح بذلك ينبغي أن تكون تلك الاستثناءات مبيَّنة بوضوح. ولا ينبغي أن تؤثر الفقرة (أ) من التوصية ٤٦ في الحق في بدء دعاوى فردية أو إجراءات بالقدر اللازم للحفاظ على مطالبة تجاه المدين.(٢٤)

تدابير إضافية متاحة عند بدء الإجراءات (الفقرة ٣٤)

٤٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة أن تمنح تدبيرا انتصافيا إضافة إلى التدابير المنطبقة عند بدء الإجراءات.(٢٥)

مدة التدابير المنطبقة آليا عند بدء الإجراءات (الفقرات ٥٤-٥٨)

٤٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التدابير المنطبقة آليا عند بدء إجراءات الإعسار تظل نافذة طوال تلك الإجراءات إلى أن:

(أ) تمنح المحكمة إعفاء من التدابير؛(٢٦)

(ب) تصبح خطة إعادة التنظيم نافذة في إجراءات إعادة التنظيم؛(٢٧)

---

(23) تقييد الحق في إحالة موجودات الحوزة أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى يجوز أن يخضع لاستثناء في تلك الحالات المسموح فيها للمدين بمواصلة أعمال منشأته، ويستطيع المدين إحالة الموجودات أو رهنها أو التصرف فيها بطريقة أخرى في سياق العمل المعتاد.

(24) انظر الفقرة ٣ من المادة ٢٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود والفقرتين ١٥١ و١٥٢ من دليل اشتراعه (انظر المرفق الثالث). وعندما تنشأ مسألة متعلقة بتقرير مقدار مطالبة ما، يجوز أن يُطلب من المحكمة أن تنظر فيما إذا كان من الممكن منح إعفاء من الوقف بغية التمكين من بدء دعوى أو إجراء لذلك الغرض.

(25) يتوقف التدبير الانتصافي الإضافي الذي يمكن أن يتاح على أنواع التدابير المتاحة في ولاية قضائية معيّنة، وعلى نوع التدابير التي قد تكون مناسبة في إجراءات إعسار معيّنة بالإضافة إلى التدابير المنطبقة عند بدء الإجراءات (ومنها مثلا تلك المتاحة بمقتضى التوصية ٤٦).

(26) ينبغي منح الإعفاء استنادا إلى الأسس المذكورة في التوصية ٥١.

(ج) تنقضي،[28] فيما يتعلق بالدائنين المضمونين، في إجراءات التصفية، فترة زمنية ثابتة محدّدة في القانون، ما لم تقرر المحكمة تمديدها لفترة إضافية عند إثبات:

'١' أنّ التمديد ضروري لزيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد لصالح الدائنين؛

'٢' أنّ الدائن المضمون سيحظى بحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة التي له فيها مصلحة ضمانية.

الحماية من تناقص قيمة الموجودات المرهونة (الفقرات ٦٣-٦٩)

٥٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يحق للدائن المضمون، عندما يقدّم طلبا إلى المحكمة، أن تمنحه حماية قيمة الموجودات التي له فيها مصلحة ضمانية. ويجوز للمحكمة أن تمنح تدابير حماية مناسبة يمكن أن تشتمل على ما يلي:

(أ) سداد مدفوعات نقدية من الحوزة؛ أو

(ب) تقديم مصالح ضمانية إضافية؛ أو

(ج) استخدام أي وسيلة أخرى تقرِّرها المحكمة.

الاعفاء من التدابير المنطبقة عند البدء (الفقرات ٦٠-٦٢)

٥١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للدائن المضمون أن يطلب إلى المحكمة أن تمنحه إعفاء من التدابير المنطبقة عند بدء إجراءات الإعسار استنادا إلى أسس يمكن أن تشتمل على ما يلي:

(أ) أنّ الموجودات المرهونة ليست ضرورية لإعادة تنظيم أو عملية بيع محتملة لمنشأة المدين؛

(ب) أن قيمة الموجودات المرهونة آخذة في التناقص نتيجة لبدء إجراءات الإعسار، وأنّ الدائن المضمون لا يحظى بحماية من تناقص القيمة؛

---

(27) يمكن أن تصبح الخطة نافذة عند موافقة الدائنين عليها أو بعد إقرار المحكمة، حسب اشتراطات قانون الإعسار (انظر الفقرة ٥٤ والفقرات التي تليها من الفصل الرابع).

(28) المقصود هو أن ينطبق الوقف على الدائنين المضمونين لفترة زمنية قصيرة فقط، كأن تتراوح مثلا ما بين ٣٠ و٦٠ يوما، وأن يبيّن قانون الإعسار بوضوح مدّة الانطباق.

(ج) أنه لم تتم، في إجراءات إعادة التنظيم، الموافقة على خطة في غضون أي حدود زمنية منطبقة.

جيم– استخدام الموجودات والتصرف فيها

١– مقدّمة

٧٤– مع أنّ من المستصوب، كمبدأ عام، ألاّ يتدخل قانون الإعسار بدون لزوم في حقوق ملكية الأطراف الثالثة أو مصالح الدائنين المضمونين، فإنّ تسيير إجراءات الإعسار كثيرا ما يقتضي مواصلة استعمال موجودات حوزة الإعسار وموجودات المدين المستخدمة في منشأته، أو مواصلة التصرف فيها (بما في ذلك بواسطة رهنها) لكي يتسنى بلوغ الهدف من إجراءات معيّنة. وهذا الأمر هام بصورة خاصة في إعادة التنظيم، ولكنه هام أيضا في التصفية عندما تباع المنشأة كمنشأة عاملة. وقد يكون من الملائم في بعض حالات التصفية، عندما تكون هناك حاجة إلى مواصلة عمل المنشأة لفترة قصيرة، إتاحة زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد حتى وإن كان من المقرر بيعها بالتجزئة. ولهذه الأسباب، فإنّ من المستصوب أن يتضمّن قانون الإعسار أحكاما بشأن استخدام موجودات حوزة الإعسار (بما فيها الموجودات المرهونة) والموجودات المملوكة لأطراف ثالثة، أو التصرف فيها، مع معالجة شروط استخدام تلك الموجودات أو التصرف فيها وتوفير الحماية لمصالح الأطراف الثالثة المالكة ومصالح الدائنين المضمونين. وينطوي بيع الموجودات أو التصرف فيها عادة على إشعار الدائنين، سواء كلهم بشكل عام أم الدائنين المتأثرين فقط، بأي إجراء مقترح. وعندما يعتزم إشعار الدائنين عموما، يمكن القيام بذلك عن طريق أي لجنة للدائنين تشكَّل من أجل تيسير الإجراءات (انظر الفقرات ٩٩–١١٢ من الفصل الثالث). وقد يكون من المهم أن يلاحَظ، في صوغ هذه الأحكام، أنّ قوانين أخرى يمكن أن تؤثر في استعمال هذه الصلاحيات في الإعسار. فالقوانين التي تحظر أو تقيِّد الملكية الأجنبية في قطاعات معيّنة من الاقتصاد، مثلا، قد تحدّ من السعر الذي يمكن الحصول عليه بشأن موجودات معيّنة وتؤثر بالتالي في التوزيع على الدائنين.

٢- موجودات حوزة الإعسار

(أ) سياق العمل المعتاد

٧٥- يميز بعض قوانين الإعسار بين استعمال موجودات الحوزة أو التصرف فيها في السياق المعتاد[٢٩] لتسيير عمل منشأة المدين واستعمال تلك الموجودات والتصرف فيها في ظروف أخرى ("خارج سياق العمل المعتاد") من حيث الجهة التي يجوز لها أن تتخذ قرارات بشأن استعمال تلك الموجودات أو التصرف فيها ومن حيث أشكال الحماية اللازمة. وعندما يواصل ممثل الإعسار تشغيل منشأة المدين، سواء أثناء إجراءات إعادة التنظيم أم من أجل التمكين من بيع المنشأة كمنشأة عاملة، يجوز لممثل الإعسار أن يتخذ القرارات بشأن استعمال الممتلكات والتصرف فيها[٣٠] في سياق العمل المعتاد دون اشتراط إشعار الدائنين أو موافقة المحكمة. ولكن، قد يقتضي استخدامها والتصرف فيها خارج سياق العمل المعتاد موافقة المحكمة أو الدائنين. وينص بعض القوانين على توسيع حقوق استخدام الموجودات والتصرف فيها لتشمل المدين تحت إشراف أو مراقبة ممثل للإعسار، أو لتشمل المدين المتملّك. وعندما تخضع الموجودات لمصلحة ضمانية أو مصلحة أخرى (كالإيجار)، تقتضي الضرورة حماية الحقوق الاقتصادية لحائز تلك المصلحة.

٧٦- وقد يساعد إدراج تمييز في قانون الإعسار بين التصرف في الموجودات في سياق العمل المعتاد وخارجه على تيسير عمل المنشأة اليومي المستمر، سواء في إعادة التنظيم أو في التصفية عند بيعها كمنشأة عاملة دون فرض التعقّد المتمثل في الحصول على موافقة المحكمة من أجل تسيير الأنشطة المعتادة. واشتراط الموافقة في حال التصرف غير الاعتيادي يمكن أن يكون بمثابة مكبح حائل دون إساءة الاستخدام كما هو الوضع في حالات التصرف لصالح الأطراف ذات الصلة. ومع ذلك، هناك حاجة إلى أن يوفّر قانون الإعسار إرشادات واضحة

---

(29) هذا المفهوم مناقَش بمزيد من التفصيل في سياق إجراءات الإبطال؛ انظر الفقرات ١٦٤-١٦٨، أدناه. وتعرّف الدول "سياق العمل المعتاد" مع تباين في التشديد على مختلف العناصر. ولكن، ثمة هدف مشترك من التعريف في معظم الولايات القضائية وهو تحديد ما يشكّل سياق العمل المعتاد والسماح للمنشأة بتنفيذ مدفوعات اعتيادية وإبرام عقود اعتيادية، دون إخضاع تلك المعاملات لإبطال محتمل في الإعسار. ويمكن أن تشمل تلك المدفوعات الإعتيادية دفع مبلغ الاستئجار ومنافع كالكهرباء والهاتف وربما أيضا دفع ثمن الإمدادات التجارية.

(30) تعتمد ممارسة ممثل الإعسار لهذه الحقوق على وظائفه بموجب قانون الإعسار، وهي قد تكون مقيَّدة، مثلا، عندما يقوم ممثل الإعسار بدور الأمين أو المشرف، وتعتمد كذلك على الدورين النسبيين المسندين إلى المدين وممثل الإعسار بعد بدء إجراءات الإعسار، وخصوصا في إعادة التنظيم.

بشأن تحديد ما يشكّل التعامل في سياق العمل المعتاد من أجل تفادي النزاعات وضمان تسيير الإجراءات بسرعة وكفاءة. ويثير بيع الموجودات أو التصرف فيها بطريقة أخرى خارج سياق العمل المعتاد عدّة مسائل معقّدة ترد مناقشتها أدناه، منها أسلوب البيع الذي يقصد منه زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد؛ وبيع الموجودات المرهونة عندما يكون هناك نزاع بشأن صحة المطالبة المضمونة أو مقدارها أو عندما يزيد ذلك البيع من قيمة الحوزة؛ وإشعار الأطراف ذات المصلحة وإتاحة فرصة للمشترين المهتمين لكي يقدّموا أعلى العروض وأحسنها؛ والبيع العاجل فيما يتعلق بالموجودات القابلة للتلف؛ وصلاحية التخلي عن الموجودات التي لا تعود بقيمة للحوزة.

٧٧- ويميز بعض قوانين الإعسار أيضا بين أنواع الموجودات المختلفة من حيث طرائق استخدامها الممكنة والشروط المنطبقة في هذه الحالات. فقد تنطبق أحكام خاصة، مثلا، على الموجودات المعرضة للتلف أو الموجودات الأخرى التي ستنخفض قيمتها ما لم يتم بيعها بسرعة، أو على النقود أو الممتلكات التي يشترك في حيازتها المدين وشخص آخر، أو الموجودة بحيازة المدين رهنا بمصلحة ضمانية. ويمكن أن ينص قانون الإعسار على جواز بيع تلك الموجودات خارج سياق العمل المعتاد دون الحصول على موافقة مسبقة من الدائنين أو من المحكمة.

٧٨- وأي شواغل متعلقة باحتمال إساءة استعمال ممثل الإعسار صلاحيات استخدام الموجودات أو التصرف فيها، أو اختلاسها، يجوز معالجتها بمنظور معايير التعيين، بما في ذلك توفير تعهد بضمانة (وهو نهج معتمد في العديد من قوانين الإعسار – انظر أيضا الفقرة ٦٢ من الفصل الثالث)، ومن خلال تدابير أخرى لمعالجة مسؤولية ممثل الإعسار.

(ب) أساليب البيع

٧٩- عندما يكون من المزمع بيع موجودات حوزة الإعسار، من المهم، بغض النظر عن الطرف الذي قد يُطلب منه الإشراف على البيع، أن يؤدي أسلوب البيع المختار إلى زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد، وأن يحصل الدائنون على إشعار بالبيع قبل وقت كاف يمكّنهم من الطعن في البيع في المحكمة إذا كانوا لا يوافقون عليه. وعندما تُشكَّل لجنة دائنين وينصّ قانون الإعسار على وجوب استشارة الدائنين بشأن بيع الموجودات خارج سياق العمل المعتاد، يجوز استيفاء شرط إشعار الدائنين بأي بيع مقترح بواسطة إشعار لجنة الدائنين، بغية التقليل إلى أدنى حد من التكاليف وتجنّب أي تأخّر مرتبط بإشعار جميع الدائنين. وثمة عمليات إجرائية مختلفة معتَمدة بشأن بيع الموجودات. فالعديد من قوانين الإعسار تشترط بيع

الموجودات بالمزاد العلني، بينما ينص بعضها على أنّ بإمكان لجنة الدائنين أو ممثل آخر للدائنين أو ممثل الإعسار الموافقة على وسائل بيع أخرى، كالعقود الخاصة، إن كانت أكثر إرباحا.

٨٠- وكما لوحظ أعلاه، فإنّ بعض قوانين الإعسار تعطي ممثل الإعسار صلاحية البيع في سياق العمل المعتاد وتفرض واجب الحصول على أفضل سعر يمكن الحصول عليه بشكل معقول وقت البيع. وبعض تلك القوانين تفرض أيضا حدودا على الصلاحية التقديرية لممثل الإعسار في اختيار أسلوب البيع. وعندما يختار ممثل الإعسار القيام بالبيع شخصيا وليس بواسطة مزاد علني، قد يشترط القانون أن تشرف المحكمة على البيع أو أن يوافق عليه الدائنون. وتنص قوانين إعسار أخرى على أن تقوم المحكمة بدور هام في بيع الموجودات. فالمحكمة تحدّد وقت البيع وشكله وشروطه؛ وممثل الإعسار يقوم بدور ثانوي يتمثل في جمع العروض والحصول على آراء الدائنين. ويعالج بعض قوانين الإعسار أيضا مسائل مثل البيع إلى أحد الدائنين لتعويض مطالبته وبيع أي من موجودات المدين التي هي في حيازة طرف ثالث لذلك الطرف الثالث بسعر سوقي معقول. وعندما يكون هناك احتمال أن تتدهور قيمة الموجودات بسرعة، كأن تكون قابلة للتلف أو عرضة لأن تخفَّض قيمتها أو تكون مهددة بشكل آخر، قد يتضح أنّ إشعار الدائنين أو المحكمة و/أو الحصول على موافقتهما أمر يصعب تحقيقه بسرعة. وفي هذه الحالات، قد يكون من المستصوب أن ينص القانون على عدم ضرورة الحصول على الموافقة مسبقا. ورغم أنه يمكن تأكيد البيع بعد إتمامه، فإنّ إيجاد إمكانية لنقضه أو تعديله لن يكون عمليا (إلا في حالات الاحتيال أو التآمر) بسبب ما سيترتب على ذلك من عدم يقين تعاقدي، فضلا عن أنّ طبيعة الموجودات ذاتها قد تستبعد احتمال أي إعادة بيع للموجودات.

٨١- وعلى الرغم من أنه قد يُقترح أن يستبعد قانون الإعسار بالتحديد البيع إلى أطراف من ذوي الصلة بغية تجنب التآمر، قد لا يكون فرض حظر مطلق على عملية بيع من هذا النوع ضروريا، شريطة أن تكون عملية البيع خاضعة لإشراف واف وفحص دقيق قبل السماح لها بالاستمرار، وذلك لتفادي الاحتيال والتآمر. وقد يتطلب الإشراف والفحص معايير أعلى من حيث تقدير قيمة الموجودات والكشف عن العلاقات التجارية.

٨٢- ورغم أنه قد يكون من المتوقع أن تؤتي الموجودات التي تباع في سياق إجراءات الإعسار سعرا أدنى من سعر الموجودات المماثلة التي تباع في ظروف السوق العادية، فإنّ قانون الإعسار يمكن أن يعتمد عددا من تدابير الحماية الإجرائية من أجل ضمان نزاهة الإجراءات وتحقيق السعر الأقصى، وفوق كل شيء من أجل ضمان شفافية عملية التصرف

في الموجودات وإشهارها الجيد. وتشمل تدابير الحماية هذه إشعار الدائنين والمشترين المحتملين على نحو يضمن أرجحية وصول المعلومات إلى علم الأطراف ذات المصلحة؛ والسماح للدائنين بإبداء اعتراضاتهم أو مخاوفهم (إمّا لدى ممثل الإعسار أو في المحكمة، حسب الاقتضاء)؛ واشتراط قيام مهنيين مختصين مستقلين ومحايدين بتقدير قيمة الموجودات (خاصة فيما يتعلق بالعقارات والممتلكات المتخصصة)؛ والحرص في حالة المزادات على اشتراط أهلية المزاودين قبل بدء المزاد، مع تحديد الأسعار الدنيا كلما كان ذلك مناسبا، ومنع التواطؤ فيما بين المزاودين ومعاقبة مرتكبيه.

(ج) استخدام الموجودات المرهونة أو التصرف فيها

٨٣– من الضروري أن يعالج قانون الإعسار مسألة استخدام الموجودات المرهونة أو التصرف فيها (بطرائق منها رهنها مرة ثانية)، وأن يعالج بوجه خاص مسألة ما إذا كانت لدى ممثل الإعسار أو الدائن المضمون صلاحية بيع تلك الموجودات. ويتوقف هذا النهج، إلى حد كبير، على ما إذا كان قانون الإعسار يشمل الموجودات المرهونة في حوزة الإعسار؛ وإن لم يكن الأمر كذلك، كان الدائن المضمون حرا على العموم في إنفاذ مصلحته الضمانية. وعندما تكون الموجودات المرهونة جزءا من الحوزة، تتبع قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء هذه المسألة. ففي بعض الحالات، يتوقف النَّهج على انطباق أحكام أخرى من قانون الإعسار، كتطبيق الوقف (أثناء انطباق الوقف يستطيع ممثل الإعسار وحده أن يتصرف في الموجودات)، وكذلك على انطباق قوانين أخرى غير قانون الإعسار، وعلى ما إذا كان من الممكن بيع الموجودات المرهونة خالصة وخالية من المصالح. وقد يتوقف النهج المعتمد أيضا على طبيعة البيع المقترح، سواء أكان يتعلق ببيع الموجودات منفردة أم ببيعها كجزء لا يتجزأ من عملية بيع المنشأة كمنشأة عاملة. وتنص بعض قوانين الإعسار، مثلا، على أن ممثل الإعسار وحده يستطيع التصرف في الموجودات المرهونة في حالتي التصفية وإعادة التنظيم. وتميز قوانين أخرى بين التصفية وإعادة التنظيم؛ فممثل الإعسار يستطيع التصرف في الموجودات أثناء إعادة التنظيم، لكنّ هذه الإمكانية محدودة زمنيا في حالة التصفية، وما أن تنقضي الفترة المخصصة حصرا لممثل الإعسار، يجوز للدائن المضمون أن يمارس حقوقه. وأيا كان النهج المعتمد، فإنّ قانون الإعسار ينبغي أن يقضي بإشعار الدائنين المضمونين بأي طريقة مقترحة للتصرف في الموجودات ومنحهم الفرصة للاعتراض. وعندما تتجاوز المطالبة المضمونة قيمة الموجودات أو لا تكون الموجودات لازمة للإجراءات، يجوز السماح لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات المرهونة للدائن المضمون دون تقديم إشعار.

٨٤- وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أيضا الشروط (ومنها إشعار الدائنين المضمونين القائمين ومنحهم فرصة للإعتراض) لزيادة رهن الموجودات التي هي مرهونة من قبل، وأشيع الأشكال هو أن تكون للدائن المضمون القائم أولوية فيما يخص الجزء المضمون من مطالبته على أي دائن مضمون جديد (انظر الفقرتين ١٠٣ و١٠٤، أدناه).

(د) قدرة ممثل الإعسار على بيع الموجودات خالصة وخالية من المصالح

٨٥- يسمح بعض قوانين الإعسار لممثل الإعسار ببيع موجودات الحوزة خالصة وخالية من المصالح، بما فيها المصالح الضمانية، على أن يخضع ذلك لشروط معيّنة. ويمكن أن تتضمّن هذه الشروط السماح بالبيع بمقتضى قانون غير قانون الإعسار، وإشعار حائز المصلحة بالبيع المقترح وموافقته عليه، وارتفاع سعر البيع على قيمة المصلحة الضمانية، وإمكانية إرغام حائز المصلحة الضمانية (في إجراءات قانونية أخرى) على قبول مبلغ نقدي أو مصلحة ضمانية مكافئة بديلة في تسوية مصلحته، والحفاظ على أولوية المصالح في عائدات أي عملية بيع. وينص بعض القوانين أيضا على أنه عندما لا يوافق حائز المصلحة الضمانية على البيع، يجوز لممثل الإعسار أن يطلب من المحكمة أن تأذن بالبيع. ويمكن منح هذا الإذن شريطة أن تقتنع المحكمة، على سبيل المثال، بأنّ ممثل الإعسار بذل جهودا معقولة للحصول على الموافقة، وأنّ البيع سيكون في مصلحة المدين ودائنيه، وأنّ البيع لن يترتب عليه أي إجحاف أساسي في حق حائز المصلحة. وحتى عندما توافق المحكمة على البيع، يمكن أن يسمح القانون لحائز المصلحة الضمانية، إذا كان العرض المقدّم بشأن الموجودات غير كاف، بأن يحتفظ بالحق في مقاصة العرض من أجل حماية مصلحته.

٨٦- ومن مزايا السماح لممثل الإعسار ببيع الموجودات خالصة وخالية من المصالح أن الموجودات التي تباع مع خضوعها لتلك المصالح يرجَّح أن تحصل على أسعار أدنى بكثير، علاوة على القدر الكبير من عدم اليقين الذي يكتنف المشتري. وعندما تكون الموجودات المرهونة موضع مطالبات متنازعة (مثلا الملكية أو الايجار أو الامتياز)، تتيح القدرة على بيع الموجودات خالصة وخالية من المصالح إمكانية بيع الموجودات (عندما لا تكون فريدة) دون انتظار حسم المطالبات، ويستطيع المطالبون آنذاك التنازع على توزيع عائدات البيع.

(هـ) الموجودات المشتركة

٨٧- عندما تكون الموجودات ملكا للمدين ولشخص آخر في شكل ملكية مشتركة، يجوز اتباع نُهُج مختلفة للتصرف في مصلحة الحوزة. وعندما يكون ممكنا، عموما، بمقتضى قانون

غير قانون الإعسار ، تقسيم الموجودات بين المدين والمتشاركين في الملكية لأغراض التنفيذ، يمكن بيع مصلحة الحوزة دون أن يؤثر ذلك في المتشاركين في الملكية. بيد أن بعض قوانين الإعسار ينص على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يبيع مصلحة الحوزة ومصلحة المتشاركين في الملكية، شريطة استيفاء بعض الشروط. ويمكن أن تشمل هذه الشروط الشرط القاضي بأنّ من غير الممكن عمليا تقسيم الممتلكات بين الحوزة والمتشاركين في الملكية، وأنّ من شأن بيع جزء مقسَّم أن يحقق للحوزة مبلغا أقل بكثير من المبلغ الذي يحققه بيع كامل الموجودات غير مجزأة وخالصة وخالية من مصالح المتشاركين في الملكية، وأن المنفعة التي تعود على الحوزة من ذلك البيع تتجاوز أي خسائر قد يتكبدها المتشاركون في الملكية. وقد ينص قانون الإعسار أيضا على أن المشارك في الملكية له خيار أو حق في شراء مصلحة المدين قبل إتمام البيع لطرف آخر. وكما لوحظ أعلاه (انظر الفقرتين ٢٠ و٢١)، فإنّ التصرف في تلك الموجودات في الإعسار قد يتأثر بانطباق قانون غير قانون الإعسار.

(و) الموجودات المُرهِقة والعديمة القيمة والعسيرة التسييل

٨٨– إن السماح لممثل الإعسار بالتنازل عن مصلحة الحوزة في موجودات معينة، منها الأراضي والأسهم والموجودات الخاضعة لمصلحة ضمانية سارية والعقود والممتلكات الأخرى، يمكن أن يكون متسقا مع الهدف المتمثّل في زيادة القيمة إلى أقصى حد وتقليل تكاليف الإجراءات، وذلك عندما يقرّر ممثل الإعسار أن التنازل هو في مصلحة الحوزة، وكذلك عندما يحصل الدائن المضمون على إعفاء من الوقف. وقد تكون ممارسة تلك الصلاحية مرهونة بموافقة المحكمة وبشروط معيَّنة، منها ألاّ ينتهك التنازل أي مصلحة عمومية إلزامية قد تكون موجودة، وذلك مثلا عندما تكون الموجودات خطرة بيئيا أو يمكن أن تكون مؤذية لصحة الجمهور وسلامته. وقد يكون من الضروري أيضا أن يتناول قانون الإعسار مسألة من سيحق له أن يطالب بالموجودات المتنازَل عنها. ومن الأوضاع التي يمكن أن يكون فيها هذا النهج مناسبا الحالات التي تكون فيها الموجودات عديمة القيمة أو تكون قيمتها تافهة للحوزة (مثلا، عندما تتجاوز المصلحة الضمانية قيمة الموجودات المرهونة)؛ أو الحالات التي تكون فيها الموجودات مُثقَلَةً بحيث يقتضى الاحتفاظ بها نفقات باهظة تفوق عائدات تسييلها أو ينشئ التزاما مرهقا أو مسؤولية مالية؛ أو الحالات التي يتعذر فيها على ممثل الإعسار بيع الموجودات أو يصعب عليه بيعها، وذلك مثلا عندما تكون الموجودات فريدة أو لا تتوفّر لها سوق أو قيمة سوقية واضحة بسهولة. وعندما يُعطَى الدائن المضمون موجودات تنازل عنها ممثل الإعسار، يمكن أن ينص قانون الإعسار على تقليص مطالبة الدائن المضمون بما يعادل قيمة الموجودات المتنازَل عنها. وينبغي إشعار

الدائنين بأي اقتراح مقدّم من ممثل الإعسار بشأن التنازل عن الموجودات، وإتاحة الفرصة لهم للاعتراض عليه.

(ز) المستحقات

٨٩- عندما تشمل موجودات الحوزة مستحقات (حق المدين التعاقدي في أن يُسدّد له مبلغ مالي)، من شأن السماح لممثل الإعسار بإحالة حقوق السداد أن يمكّن من الحصول، مثلا، على قيمة أو على ائتمان لصالح الحوزة. ويجري اتباع نُهج مختلفة إزاء مسألة الإحالة في سياق الإعسار (انظر الفقرات ١٣٩-١٤٢، أدناه). ويبيّن بعض قوانين الإعسار أن شروط عدم الإحالة تصبح لاغية وباطلة عند بدء إجراءات الإعسار. وتترك قوانين إعسار أخرى المسألة لقانون العقود العام. فإذا كان العقد يتضمّن شرطا بعدم الإحالة لم تجز إحالة العقد ما لم توافق على ذلك الأطرافُ في العقد الأصلي. وينص بعض القوانين أيضا على أنه إذا لم يوافق الطرف المقابل في العقد الأصلي على الإحالة، جاز لممثل الإعسار أن ينفّذ الإحالة بإذن من المحكمة إذا أمكنه أن يبيّن أن الطرف المقابل ممتنع عن الموافقة دون سبب معقول. ويتسق هذا النهج مع النهج المتَّبع في المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية.[٣١]

---

(31) فيما يلي نص المادة ٩، المعنونة التقييدات التعاقدية على الإحالات:

"١- تكون إحالة المستحق نافذة المفعول بصرف النظر عن أي اتفاق بين المحيل الأول أو أي محيل لاحق والمدين أو أي محال إليه لاحق يقيد بأي شكل من الأشكال حق المحيل في إحالة مستحقاته.

"٢- ليس في هذه المادة ما يمس بأي التزام أو مسؤولية تقع على عاتق المحيل بسبب إخلاله بذلك الاتفاق، ولكن لا يجوز للطرف الآخر في ذلك الاتفاق أن يلغي العقد الأصلي أو عقد الإحالة بسبب ذلك الإخلال فحسب. ولا يكون الشخص الذي هو ليس طرفا في ذلك الاتفاق مسؤولا لمجرد معرفته بالاتفاق.

"٣- لا تنطبق هذه المادة إلا على إحالات المستحقات:

"(أ) الناشئة عن عقد أصلي يكون عقدا لتوريد أو تأجير بضائع أو خدمات غير الخدمات المالية أو عقد تشييد أو عقدا لبيع أو تأجير ملك عقاري؛ أو

"(ب) الناشئة عن عقد أصلي لبيع أو تأجير أو ترخيص ممتلكات صناعية أو ممتلكات فكرية أخرى أو معلومات امتلاكية؛ أو

"(ج) التي تمثل التزام السداد الخاص بمعاملة تجرى بواسطة بطاقة ائتمان؛ أو

"(د) التي تستحق للمحيل عند التسوية الصافية للمدفوعات الواجبة الأداء تنفيذا لاتفاق معاوضة يشمل أكثر من طرفين."

٣- الموجودات المملوكة لطرف ثالث

٩٠- هناك حالات إعسار يمكن أن تكتسي فيها الموجودات المملوكة لطرف ثالث، شأنها شأن الموجودات المرهونة، أهمية بالغة لاستمرار تشغيل المنشأة، وذلك في إجراءات إعادة التنظيم بوجه خاص، ولكن أيضا، وبدرجة أقل، في بعض إجراءات التصفية عندما يُعتزم بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ومن المفيد لإجراءات الإعسار، في تلك الحالات، أن ينص قانون الإعسارعلى آلية معيّنة تتيح إمكانية المضي في استعمال تلك الموجودات. ويُعالج بعض قوانين الإعسار هذه المسألة من حيث أنواع الموجودات التي يتعيّن ضمها بصفتها جزءا من حوزة الإعسار. (انظر الفقرات ١٠-١٢ و١٧، أعلاه) وتكون بالتالي متاحة لكي يستعملها ممثل الإعسار. وتجدر الإشارة إلى أنّ مصالح المدين في موجودات مملوكة لطرف ثالث تُعتبر موجودات لأغراض هذا الدليل التشريعي. وهناك قوانين إعسار أخرى تعالج تلك المسألة في سياق معاملة العقود عندما تكون حيازة المدين للموجودات خاضعة لترتيب تعاقدي. وهذا يمكن أن يشمل، مثلا، فرض قيود على إنهاء العقد بحيث يحتفظ المدين بالموجودات (انظر الفقرات ١١٤-١١٩، أدناه)، أو الحؤول دون مطالبة المالك باسترداد موجوداته في الإعسار (على الأقل بدون موافقة المحكمة أو ممثل الإعسار) لفترة زمنية محدودة بعد بدء الإجراءات بواسطة تطبيق الوقف.

٩١- وعندما تُستخدَم الموجودات المملوكة لطرف ثالث في إجراءات الإعسار، من الضروري أن ينظر قانون الإعسار في حماية مصالح مالك الموجودات من أجل منع تضاؤل قيمتها، على نحو شبيه جدا بالطريقة التي توفّر بها الحماية من تضاؤل قيمة الموجودات المرهونة (انظر الفقرات ٦٣-٦٩، أعلاه). ومن المستصوب أن تُدفع من الحوزة أي مطالبات ناشئة عن مواصلة استخدام الموجودات بصفتها نفقات إدارية (انظر الفقرة ١٣١، أدناه).

٤- معاملة العائدات النقدية

٩٢- ينص معظم القوانين على أنه، عندما تباع أثناء إجراءات الإعسار موجودات مرهونة "سائلة" (أي موجودات مرهونة، كالمخزونات، يسهل تسييلها إلى نقود)، يظل الدائن المضمون الذي لديه مصلحة في تلك الموجودات المرهونة محتفظا بمصلحة مكافئة في أي نقود عائدة من التصرف في تلك الموجودات.

٩٣- ويمكن أن تمثل تلك العائدات النقدية مصدر رأس مال مهمّا لحوزة الإعسار أثناء إجراءات الإعسار، خاصة في إعادة التنظيم، ويجوز استخدامها لعدة أغراض مرتبطة بسير

عمل المنشأة، كدفع تكاليف الكهرباء والخدمات الأخرى. وبغية استخدام العائدات النقدية، يجب على ممثل الإعسار عموما اتباع أحد نهجين للعمل. فيجوز استخدام العائدات النقدية بموافقة الدائن المضمون المعني، بشروط متفق عليها بين الأطراف، أو يجوز للمدين، كبديل، أن يلتمس، بعد إشعار الدائنين المتأثرين، موافقة المحكمة على استخدام العائدات النقدية. وتحتاج المحكمة عموما إلى البت في عدد من المسائل قبل الإذن بذلك الإستخدام، وهي: تحديد كل من المصلحة الضمانية ذات الصلة وقيمة الممتلكات الأساسية؛ وتقدير المخاطر التي تهدد الدائن المضمون؛ والتأكد مما إذا كانت هناك تدابير كافية لحماية القيمة الاقتصادية للمطالبة المضمونة (انظر الفقرات ٦٣-٦٩، أعلاه).

التوصيات ٥٢-٦٢

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة باستخدام الموجودات والتصرف فيها هو:

(أ) السماح باستخدام الموجودات، بما فيها الموجودات المرهونة، في إجراءات الإعسار، والتصرف فيها، وتحديد شروط استخدامها والتصرف فيها؛

(ب) السماح باستخدام الموجودات المملوكة لطرف ثالث، وتحديد شروط استخدامها؛

(ج) وضع حدود لصلاحيتي الاستخدام والتصرف؛

(د) إشعار الدائنين بالاستخدام والتصرف المقترحين، حسب الاقتضاء؛

(د) وضع ترتيبات بشأن كيفية معالجة الموجودات المُرهقة.

مضمون الأحكام التشريعية

صلاحية استخدام موجودات الحوزة والتصرف فيها (الفقرة ٧٤)

٥٢- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بما يلي:

(أ) استخدام موجودات الحوزة (بما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها ضمن سياق العمل المعتاد، باستثناء العائدات النقدية؛

(ب) استخدام موجودات الحوزة (بما فيها الموجودات المرهونة) والتصرف فيها خارج سياق العمل المعتاد، رهنا باشتراطات التوصيتين ٥٥ و٥٨.

زيادة رهن الموجودات المرهونة (الفقرة ٨٤)

٥٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز زيادة رهن الموجودات المرهونة، مع مراعاة الاشتراطات الواردة في التوصيات ٦٥-٦٧.

استخدام الموجودات المملوكة لطرف ثالث (الفقرتان ٩٠ و٩١)

٥٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يستخدم موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين، شريطة استيفاء شروط محدّدة، منها ما يلي:

(أ) أن تُحمى مصالح الطرف الثالث من تناقص قيمة الموجودات؛

(ب) أن تُدفع التكاليف المتكبَّدة بمقتضى العقد والمترتبة على استمرار أداء العقد واستخدام الموجودات بصفتها نفقات إدارية.

العملية الإجرائية للإشعار بالتصرف (الفقرة ٨٢)

٥٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار وجوب إشعار الدائنين[٣٢] إشعارا وافيا بأي تصرف يجري خارج سياق العمل المعتاد، وأن تتاح لهم الفرصة لكي يُسمعوا في المحكمة.

٥٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار وجوب الإشعار بالمزادات العلنية بطريقة تكفل أرجحية وصول المعلومات إلى علم الأطراف ذات المصلحة.

أساليب البيع العامة (الفقرات ٧٩-٨٢)

٥٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار، فيما يتعلق بعمليات البيع التي تتم خارج سياق العمل المعتاد، أساليب بيع يكون من شأنها تحقيق أقصى سعر يُحصل عليه

(32) عندما تكون الموجودات موجودات مرهونة أو خاضعة لمصالح أخرى، تنطبق التوصية ٥٨ أيضا.

للموجودات التي تُباع في إجراءات الإعسار، وأن يسمح بالمزادات العلنية وعمليات البيع الخاصة.

القدرة على بيع موجودات الحوزة خالصة وخالية من التزامات الرهن والمصالح الأخرى (الفقرتان ٨٥ و٨٦)

٥٨- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار ببيع موجودات مرهونة أو خاضعة لمصلحة أخرى خالصةً وخاليةً من ذلك الرهن والمصلحة الأخرى، خارج سياق العمل المعتاد، شريطة ما يلي:

(أ) أن يُشعِر ممثلُ الإعسار أصحاب الرهن أو المصالح الأخرى بالبيع المقترح؛

(ب) أن تتاح لأصحاب الرهن الفرصة لأن يُسمَعوا من المحكمة عندما يكون لديهم اعتراض على البيع المقترح؛

(ج) ألاّ يكون قد مُنح إعفاء من الوقف؛

(د) أن تُصان أولوية المصالح في عائدات بيع الموجودات.

استخدام العائدات النقدية (الفقرتان ٩٢ و٩٣)

٥٩- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار أن يستخدم العائدات النقدية وأن يتصرف فيها إذا:

(أ) وافق الدائن المضمون الذي له مصلحة ضمانية في تلك العائدات النقدية على استخدامها أو التصرف فيها؛ أو

(ب) أُشعر الدائن المضمون بذلك الاستخدام أو التصرف المقترح وأُتيحت له فرصة لأن يُسمَع من المحكمة؛

(ج) حُميت مصالح الدائن المضمون من الانتقاص من قيمة العائدات النقدية.

عمليات البيع العاجلة (الفقرتان ٧٧ و٨٠)

٦٠- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بإجراء عمليات بيع الموجودات العاجلة خارج سياق العمل المعتاد، عندما تكون الموجودات، بحكم طبيعتها، أو لأسباب أخرى، معرضة للتلف أو عرضة لتناقص قيمتها أو مهدّدة بشكل آخر. ويجوز أن ينص

قانون الإعسار على عدم اشتراط الحصول على موافقة مسبقة من المحكمة في تلك الظروف.

التصرف في الموجودات بالتنازل عنها للأشخاص ذوي الصلة (الفقرة ٨١)

٦١– ينبغي أن يشترط قانون الإعسار إجراء فحص دقيق لأي اقتراح بالتصرف في الموجودات بالتنازل عنها لشخص ذي صلة، وذلك قبل السماح له بالمضي في ذلك.

الموجودات المُرهقة (الفقرة ٨٨)

٦٢– ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرّر كيفية معالجة أي موجودات مُرهقة للحوزة. وعلى وجه التحديد، يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات المُرهقة بعد إشعار الدائنين وإتاحة الفرصة لهم للاعتراض على الإجراء المقترح، باستثناء أنه يجوز لقانون الإعسار، عندما تتجاوز المطالبة المضمونة قيمة الموجودات المرهونة ولا تكون الموجودات لازمة لإعادة تنظيم المنشأة أو لبيعها كمنشأة عاملة، أن يسمح لممثل الإعسار بالتنازل عن الموجودات للدائن المضمون دون إشعار الدائنين الآخرين.

دال– التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

١– الحاجة إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٩٤– إنّ لمواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار أهمية حاسمة لإعادة التنظيم وكذلك، وبدرجة أقل، للتصفية إذا كان من المزمع بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ويجب أن يتيسّر للمدين، من أجل الحفاظ على أنشطة منشأته، الحصول على أموال لكي يتمكن من مواصلة دفع ثمن الإمدادات بالبضائع والخدمات الأساسية، بما في ذلك تكاليف العمل والتأمين والإيجار وصيانة العقود وغيرها من نفقات التشغيل الأخرى، وكذلك التكاليف المتصلة بالمحافظة على قيمة الموجودات. وفي بعض حالات الإعسار، قد يكون لدى المدين من قبلُ موجودات بالسيولة الكافية لتمويل نفقات المنشأة المستمرة، في شكل نقد أو موجودات أخرى قابلة للتحويل إلى نقد (كالعائدات المرتقبة من المستحقات). وكبديل عن ذلك، يمكن تمويل هذه النفقات من التدفق النقدي الحالي لدى المدين من خلال اللجوء إلى تطبيق الوقف والانقطاع عن السداد بشأن الالتزامات المالية السابقة لبدء الإجراءات. وعندما

لا تتوفّر للمدين الأموال اللازمة لسد احتياجاته الآنية من التدفق النقدي، يتعيّن عليه التماس التمويل من أطراف ثالثة. وقد يتخذ هذا التمويل شكل ائتمان تجاري يتلقاه المدين من بائعي السلع والخدمات أو شكل قروض أو أشكالا أخرى من التمويل يقدّمها المقرضون.

٩٥- ومن المستصوب جدا من أجل ضمان استمرار المنشأة، عندما يكون هذا هو الهدف المنشود من الإجراءات، اتخاذ قرار بشأن الحاجة إلى تمويل جديد في وقت مبكر، بل وحتى، في بعض الحالات، في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات. فتوافر تمويل جديد سيكون مهما أيضا في إجراءات إعادة التنظيم بعد بدء الإجراءات وقبل الموافقة على خطة إعادة التنظيم؛ وينبغي أن تتناول الخطة بوجه عام مسألة الحصول على التمويل في الفترة التي تعقب الموافقة عليها ، خاصة في الولايات القضائية التي تحظر الاقتراض الجديد ما لم تكن الحاجة إليه مبيّنة في الخطة.

٩٦- ومع أنه قد يكون من النافع لنتيجة الإجراءات أن يكون المدين قادرا على الحصول على أموال جديدة، فإنّ عددا من الولايات القضائية يقيّد توفير أموال جديدة في الإعسار، أو لا يتناول تحديدا مسألة التمويل الجديد أو أولوية سداده في الإعسار، مما يؤدي إلى عدم اليقين. فبموجب بعض القوانين، مثلا، لا يمكن توفير أموال جديدة إلاّ على أساس مصلحة ضمانية، لأنّ منح إقراض جديد أفضليةً أمرٌ محظور. أمّا الحالات التي ليس هناك فيها موجودات غير مرهونة، أو لا تكون هناك فيها قيمة فائضة في الموجودات المرهونة من قبلُ بحيث يستطيع المدين عرضها كضمانة أو يستطيع بواسطتها الوفاء بمطالبة ذات أولوية بشأن نفقات إدارية، فأمام المدين خيارات محدودة. ولن تتاح أموال جديدة ما لم يكن المقرض مستعدا لأن يخاطر ويقرض دون ضمانة، أو يمكن الحصول على الأموال من مصادر مثل أسرة المدين أو الشركات المنضمة إلى مجموعة. وما لم يعالج قانون الإعسار هذه المسألة بالتخويل أو التوضيح، فإنّ توفير تمويل في الفترة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار يمكن أن يثير أيضا مسائل صعبة تتعلق بتطبيق صلاحيات الإبطال وبمسؤولية كل من المقرض والمدين. فبعض قوانين الإعسار ينص، مثلا، على أنه عندما يقدّم المقرض سلفة مالية إلى مدين معسر في تلك الفترة، فهو يمكن أن يكون مسؤولا عن أي زيادة في التزامات الدائنين الآخرين، أو ستكون السلفة خاضعة للإبطال في أي إجراءات إعسار تالية. وفي أمثلة أخرى، يُطلب من ممثل الإعسار أن يقترض الأموال مع ما يمكن أن ينطوي عليه ذلك من أمور تتعلق بالمسؤولية الشخصية عن السداد.

٩٧- وعندما يشجّع قانون الإعسار على استخدام إجراءات الإعسار التي تسمح بمواصلة المنشأة المعسرة أعمالها التجارية، سواء من خلال إعادة تنظيم المنشأة أو، في حالة التصفية،

من خلال بيعها كمنشأة عاملة، فإنّ من الضروري معالجة مسألة التمويل الجديد والنظر في وضع تقييدات كالتقييدات التي نوقشت آنفا. ويمكن أن يعترف قانون الإعسار بالحاجة إلى تمويل لاحق لبدء الإجراءات من ذلك القبيل، وأن يأذن به ويقرر تحديد أولوية أو إنشاء ضمانة بشأن السداد للمقرض. والمسألة الرئيسية هنا هي نطاق الصلاحية، وخصوصا الحوافز التي يمكن أن تُعرض على دائن محتمل من أجل تشجيعه على الإقراض. وبقدر ما يؤثر الحل الذي يؤخذ به في حقوق الدائنين المضمونين القائمين أو الدائنين الذين لديهم مصلحة في الموجودات نشأت سابقا، فإنّ من المستصوب أن تكون الأحكام التي تعالج التمويل اللاحق لبدء الإجراءات متوازنة مع عدد من العوامل. ومن بين هذه العوامل الحاجة العامة إلى دعم المعاملات التجارية، وحماية حقوق وأولويات الدائنين الموجودة من قبل، والحد قدر الامكان من أي آثار سلبية قد تلحق بتوافر الائتمان، وخصوصا التمويل المضمون، من جراء عرقلة تلك الحقوق والأولويات القائمة من قبل. ومن المهم أيضا النظر في الأثر في الدائنين غير المضمونين الذين يمكن أن يلاحظوا أنّ بقية الموجودات غير المرهونة تختفي لضمان اقتراض جديد دون ترك أي شئ لاتاحته للتوزيع، خاصة إذا كان مآل إعادة التنظيم الفشل. ولا بد من موازنة هذه المجازفة مع احتمال انتفاع أولئك الدائنين من الحفاظ على قيمة المنشأة العاملة بمواصلة تشغيل المنشأة.

٩٨- وإلى جانب المسائل المتعلقة بتوافر إقراض جديد وبأولويته أو ضمانه، من الضروري أن ينظر قانون الإعسار في الإذن اللازم للحصول على أموال جديدة (انظر الفقرتين ١٠٥ و١٠٦، أدناه) وأن ينظر كذلك، عندما تفشل إجراءات إعادة التنظيم وتحوَّل إلى إجراءات تصفية، في مسألة معالجة الأموال التي ربما تكون قد سُلّفت قبل تحويل الإجراءات (انظر الفقرة ١٠٧، أدناه).

٢- مصادر التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٩٩- من المحتمل أن يتأتّى الإقراض اللاحق لبدء الإجراءات من عدد محدود من المصادر. أمّا المصدر الأول فهو المقرضون أو باعة السلع السابقون للإعسار الذين لهم علاقة مستمرة بالمدين ومنشأته ويستطيعون تسليف أموال جديدة أو توفير ائتمانات تجارية بغية تعزيز احتمال استرداد مطالباتهم القائمة وربما كسب قيمة إضافية عن طريق أسعار فائدة أعلى تُفرَض على الإقراض الجديد. أما النوع الثاني من المقرضين فهم أولئك الذين لم تكن لهم صلة بمنشأة المدين قبل الإعسار ويُحتمل ألاّ يحرّكهم سوى دافع إمكانية الحصول على عائدات عالية. والحافز لهذين النوعين من المقرضين هو اليقين في حصول التمويل اللاحق

لبدء الإجراءات على معاملة خاصة. وفيما يخص المقرضين القائمين، هناك حوافز إضافية متمثلة في العلاقة المتواصلة بالمدين ومنشأته والتأكد من أنّ شروط إقراضهم السابق لبدء الإجراءات لن تتغيَّر، وأنّ هناك، بموجب بعض القوانين، احتمال تسبّب عدم توفيرهم تمويلا بعد بدء الإجراءات، في حلول المقرض الذي يوفّر ذلك التمويل محلّهم في الأولوية.

٣- اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات: توفير الأولوية أو الضمانة

١٠٠-يمكن اتباع عدد من النهُج المختلفة إزاء اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات واتخاذ الترتيبات اللازمة للسداد. فالائتمان التجاري الذي يحصل عليه ممثل الإعسار (أو مدين متملّك) أو المديونية التي يتكبدها في سياق العمل المعتاد يمكن معاملتهما آليا على أنهما نفقات إدارية. وعندما يكون من الأساسي الحصول على ائتمان أو تكبد ديون من أجل زيادة قيمة الموجودات إلى أقصى حد، ولا يكون الائتمان أو التمويل متاحين كنفقات إدارية أو يجب تكبدهما خارج سياق العمل المعتاد، يجوز للمحكمة أن تأذن بالحصول على ائتمان أو تكبد دين بصفة ذلك من النفقات الإدارية، أو تأذن بإعطائه أولوية عليا تسبق أولوية النفقات الإدارية الأخرى، أو دعمه بتوفير ضمانة على الموجودات غير المرهونة أو المرهونة جزئيا.

(أ) إرساء الأولوية

١٠١-عندما يتواصل تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار، إمّا عرضا نتيجة لمحاولة إعادة التنظيم أو من أجل صون قيمة المنشأة ببيعها كمنشأة عاملة، عادة ما تصبح النفقات المتكبدة في سياق تشغيل المنشأة، بمقتضى عدد من قوانين الإعسار، مستحقة الدفع بصفتها نفقات إدارية. ولا يحظى الدائنون ذوو الأولوية في إطار النفقات الإدارية بمرتبة أعلى من حيث الأولوية من مرتبة الدائن المضمون فيما يتعلق بمصلحته الضمانية، لكنهم يحظون عموما بمرتبة في الأولوية (انظر الفقرات ٤٥-٤٧ و٦٦ من الفصل الخامس) تسبق مرتبة الدائنين العاديين غير المضمونين وأي أولويات قانونية كالضرائب أو مطالبات الضمان الاجتماعي. ولا يستمر مورِّدو السلع والخدمات في تزويد ممثل الإعسار بها إلاّ بناء على ائتمان إذا كان لديهم توقع معقول بالحصول على السداد قبل الدائنين غير المضمونين الذين هم كذلك من قبل بدء الإجراءات. وفي بعض الحالات، تُمنح هذه الأولوية على أساس أنّ الائتمان أو الإقراض الجديد مقدَّم إلى ممثل الإعسار وليس إلى المدين، وهكذا فهو يصبح من نفقات حوزة الإعسار. ويشترط بعض قوانين الإعسار أن يحظى هذا الإقتراض أو الائتمان بموافقة المحكمة أو الدائنين، بينما تنص قوانين أخرى على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يحصل

على الإئتمان أو التمويل اللازم دون الحصول على تلك الموافقة. وهذا يمكن أن ينطوي على عنصر من المسؤولية الشخصية التي تقع على ممثل الإعسار، وفي تلك الحالة، يُحتمَل أن يترتب عليه عزوف عن التماس تمويل جديد.

١٠٢– وتنص قوانين إعسار أخرى على أولوية إدارية "فائقة" عندما لا يكون الائتمان أو التمويل متوافرا في حال ترتيبه بصفته مطالبة إدارية تناسبية مع مطالبات إدارية أخرى كرسوم ممثل الإعسار أو الموظف الفني المعيَّن في هذه القضية. وتأتي الأولوية "الفائقة" في مرتبة أعلى من مرتبة الدائنين الاداريين.

(ب) منح الضمانة

١٠٣– عندما يشترط المقرض ضمانة، يمكن توفيرها على موجودات غير مرهونة أو في شكل مصلحة ضمانية ابتدائية أو ذات مرتبة أدنى على ممتلكات مرهونة من قبل، عندما تتجاوز قيمة الموجودات المرهونة بقدر كاف مقدار الالتزام المضمون القائم من قبل. وفي تلك الحالة، لن تكون هناك حاجة عموما إلى تدابير حماية خاصة بشأن الدائنين المضمونين القائمين من قبل، لأن حقوقهم لن تتأثر سلبا ما لم تتغير الظروف في مرحلة لاحقة (مثلا ببدء تضاؤل قيمة الموجودات المرهونة) مع الحفاظ على الأولوية التي كانت قائمة قبل بدء الإجراءات فيما يتعلق بالموجودات المرهونة، ما لم يُتفق على غير ذلك. وفي كثير من الأحيان، فإنّ الموجودات غير المرهونة الوحيدة التي قد تكون متاحة لضمان التمويل اللاحق لبدء الإجراءات هي الموجودات المستردَّة من خلال إجراءات الإبطال. ولكن، ثمة جدل في بعض قوانين الإعسار حول مسألة توفير ضمانة على تلك الموجودات، وهي لا تجيزها.

١٠٤– وينص بعض قوانين الإعسار على جواز إعطاء الإقراض الجديد درجة ما من الأولوية تفوق درجة أولوية الدائنين المضمونين القائمين (وهو ما يشار إليه أحيانا بمصطلح "الامتياز الأول"). وفي الدول التي تسمح بهذا النوع من الأولوية، تدرك محاكم الإعسار مخاطره على الدائنين المضمونين القائمين ولا تأذن به إلاّ على مضض وكملاذ أخير. وقد يخضع منح هذه الأولوية لشروط معيّنة كإشعار الدائنين المضمونين المتأثّرين وإتاحة الفرصة لهم لكي تسمعهم المحكمة؛ وتقديم المدين إثباتا على عجزه عن الحصول على التمويل اللازم دون هذه الأولوية؛ وتوفير الحماية من أي نقصان في القيمة الاقتصادية للموجودات المرهونة، بوسائل منها إتاحة فائض كاف في قيمة تلك الموجودات المرهونة. وفي بعض النظم القانونية، تتوافر جميع هذه الخيارات المتمثّلة في الأولوية والأولوية الفائقة والضمانة والامتياز الأول من أجل اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات. وكقاعدة عامة، ينبغي حماية القيمة الاقتصادية لحقوق

الدائنين المضمونين القائمين من قبل حتى لا يتعرّضوا للضرر. وعند اللزوم، يمكن تحقيق ذلك، مثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرات ٦٣-٦٩)، بتوفير مدفوعات دورية أو توفير حقوق ضمانية في موجودات إضافية عوضا عن أيّ موجودات قد يستخدمها المدين أو تُرهَن لصالح الإقراض الجديد.

٤- الإذن بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات

١٠٥- قد يكون من المستصوب ربط مسألة الإذن بالإقراض الجديد بالضرر الذي يحتمل وقوعه أو المنفعة التي يرجح تحقيقها من جرّاء توفير التمويل الجديد. ويسمح عدد من قوانين الإعسار لممثل الإعسار (أو للمدين المتملّك عندما يُتبع ذلك النهج) بأن يقرّر ضرورة الحصول على أموال جديدة لاستمرار عمل المنشأة أو لديمومتها أو للمحافظة على قيمة الحوزة أو تحسينها والحصول على ائتمان غير مضمون بدون موافقة المحكمة أو الدائنين. وتشترط قوانين أخرى موافقة المحكمة أو الدائنين في ظروف معيّنة. وبالنظر إلى أنّ الأموال الجديدة قد تكون مطلوبة بصورة عاجلة إلى حد ما من أجل ضمان استمرار المنشأة، فإنّ من المستصوب إبقاء عدد الأذون اللازمة عند الحد الأدنى. ويجوز أن يتبع قانون الإعسار نهجا ذا تدرّج هرمي إزاء الإذن اللازم، حسب الضمانة أو الأولوية المزمع توفيرها ومستوى الإئتمان أو التمويل الذي يراد الحصول عليه. ومع أن اشتراط إشراك المحكمة عموما يمكن أن يساعد على تعزيز الشفافية وأن يوفّر تطمينات إضافية للمقرضين، فإنّ ممثل الإعسار ربما يكون، في العديد من الحالات، في وضع أفضل لتقييم الحاجة إلى تمويل جديد. كذلك، عندما يقبل الدائنون المضمونون إعادة النظر في معاملة مصالحهم الضمانية، قد لا يلزم الأمر موافقة المحكمة. وفي كل الأحوال، لن يكون في وسع المحكمة بوجه عام الحصول على رأي خبير أو على معلومات أكثر من تلك التي يوفّرها لها ممثل الإعسار لكي تستند إليها في اتخاذ قرارها.

١٠٦- ومسألة توفير ضمانة على الموجودات غير المرهونة أو الموجودات التي هي ليست مرهونة بكاملها ليست مسألة ينبغي أن تشترط موافقة المحكمة عموما. وعندما يرسي ممثل الإعسار درجة الأولوية التي يمكن منحها عموما، كمنح أولوية إدارية مثلا، قد لا يقتضي الأمر موافقة المحكمة. وإذا رئي أن من المستصوب الحصول على موافقة المحكمة، قد يتمثل النهج الوسط في تحديد عتبة نقدية يقتضي تجاوزُها موافقةَ المحكمة. ولكن، عندما تمس الضمانة أو الأولوية المزمع منحها مصالح الدائنين المضمونين القائمين مثلا، ولا يؤيد هؤلاء الدائنون المضمونون الحل المقترح، فإنّ من الضروري اشتراط موافقة المحكمة.

٥– آثار التحويل

١٠٧– ينص بعض قوانين الإعسار على أنّ أيّ ضمانة أو أولوية تُمنَح بشأن الإقراض الجديد يمكن نقضها في تصفية لاحقة، وأنها قد تنشئ مسؤولية عن تأخير بدء إجراءات التصفية وعن احتمال إلحاق ضرر بمصالح الدائنين. وينطوي هذا النهج على احتمال الثني عن بدء إجراءات إعادة التنظيم. وقد يكون من الأفضل اتباع نهج يقضي باحتفاظ الدائنين الحاصلين على الأولوية بشأن التمويل الجديد بتلك الأولوية في أي تصفية لاحقة. وهناك نهج آخر يقضي بالاعتراف بالأولوية في تصفية لاحقة، ولكن ليس بالضرورة بدرجة الأولوية ذاتها، بل إنها قد تأتي مثلا في مرتبة تلي مرتبة المطالبات الإدارية المتعلقة بتكاليف التصفية أو تتساوى مع مرتبة النفقات الإدارية.

التوصيات ٦٣–٦٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالتمويل اللاحق لبدء الإجراءات هو:

(أ) تيسير التمويل الذي يراد الحصول عليه من أجل كفالة استمرار تشغيل منشأة المدين أو ديمومتها أو من أجل المحافظة على قيمة موجودات الحوزة أو تحسينها؛

(ب) تأمين حماية مناسبة لموفّري التمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛

(ج) تأمين حماية مناسبة للأطراف التي قد تتأثر حقوقها بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات.

مضمون الأحكام التشريعية

اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات والإذن به (الفقرات ٩٤–١٠٠ و١٠٥ و١٠٦)

٦٣– ينبغي أن ييسر قانون الإعسار لممثل الإعسار الحصول على تمويل لاحق لبدء الإجراءات وأن يوفّر له حوافز للحصول على ذلك التمويل عندما يقرّر ممثل الإعسار أنّ ذلك ضروري لاستمرار تشغيل منشأة المدين أو لكفالة ديمومتها أو للمحافظة على قيمة موجودات الحوزة أو تحسينها. ويجوز أن يشترط قانون الإعسار أن تأذن المحكمة بتوفير التمويل اللاحق لبدء الإجراءات أو أن يقبل الدائنون ذلك.

الأولوية المسندة إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات (الفقرتان ١٠١ و١٠٢)

٦٤- ينبغي أن يقرّر قانون الإعسار الأولوية التي يجوز إسنادها إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، بما يكفل على الأقل السداد لموفِّر التمويل اللاحق لبدء الإجراءات قبل السداد للدائنين العاديين غير المضمونين، بمن فيهم الدائنون غير المضمونين الذين لهم أولوية إدارية.

منح ضمانة بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات

٦٥- ينبغي أن يتيح قانون الإعسار منح مصلحة ضمانية بشأن سداد التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، تشمل منح مصلحة ضمانية على الموجودات غير المرهونة، بما فيها الموجودات المكتسبة فيما بعد، أو مصلحة ضمانية صغرى أو أدنى مرتبة من حيث الأولوية على موجودات الحوزة المرهونة من قبل.

٦٦- ينبغي أن يبيّن القانون[٣٣] أنّ المصلحة الضمانية التي تُمنح بشأن موجودات الحوزة من أجل تأمين التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، ليست لها أولوية تسبق أي مصلحة ضمانية قائمة بشأن الموجودات ذاتها ما لم يحصل ممثل الإعسار على موافقة الدائنين المضمونين القائمين أو يتّبع العملية الإجرائية الواردة في التوصية ٦٧.

٦٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة، عندما لا يوافق الدائن المضمون القائم، أن تأذن بإنشاء مصلحة ضمانية لها أولوية على المصالح الضمانية القائمة من قبل، شريطة استيفاء شروط معيّنة، منها:

(أ) أن يكون الدائن المضمون القائم قد أتيحت له الفرصة لأن تسمعه المحكمة؛

(ب) أن يكون بإمكان المدين أن يُثبت عدم قدرته على الحصول على التمويل بأي طريقة أخرى؛

(ج) أن تُحمى مصالح الدائن المضمون القائم.[٣٤]

(33) يجوز أن ترد هذه القاعدة في قانون غير قانون الإعسار، عندئذ ينبغي أن يذكر قانون الإعسار وجود هذا الحكم.

(34) انظر الفقرات ٦٣-٦٩، أعلاه.

أثر التحويل في التمويل اللاحق لبدء الإجراءات (الفقرة ١٠٧)

٦٨– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما تحوَّل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية، ينبغي مواصلة الاعتراف في التصفية بأيّ أولوية أُسندت إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات في إعادة التنظيم.(٣٥)

هاء– معاملة العقود

١– مقدّمة

١٠٨–مع تطور أي اقتصاد، يرجح أن تحتوي العقود قدرا متزايدا من ثروته أو أن تتحكم فيها. ونتيجة لذلك، فإنّ معاملة العقود تكتسي أهمية بالغة في إجراءات الإعسار. وهناك صعوبتان عامتان في وضع سياسات قانونية في هذا الشأن. أمّا الصعوبة الأولى، فهي أن العقود، خلافا لجميع موجودات حوزة الإعسار الأخرى، ترتبط عادة بالتزامات أو مطالبات. وهذا يعني أنه يجب على الحوزة، في معظم الأحيان، أن تفي بالعقد أو تدفع مالاً لكي تتمتع بالحقوق التي يمكن أن تكون موجودات قيِّمة. والنتيجة هي أنه يجب اتخاذ قرارات صعبة بشأن معاملة أيّ عقد من العقود بغية تحقيق أعظم قيمة للحوزة. وأمّا الصعوبة الثانية، فهي أنّ هناك أنواعا مختلفة وكثيرة من العقود. فمنها العقود البسيطة لبيع السلع؛ وعقود إيجار الأراضي أو الممتلكات الخاصة القصيرة الأمد أو الطويلة الأمد؛ وعقود حقوق الامتياز أو تشييد مرافق رئيسية وتشغيلها، وهي عقود معقَّدة تعقّدا هائلا، إضافة إلى أنواع كثيرة أخرى. وزيادة على ذلك، قد يكون المدين بموجب العقد مشتريا أو بائعا، ومؤجِّرا أو مستأجِرا، ومرخِّصا أو مرخَّصا له، ومقدِّم خدمات أو متلقٍّ لها؛ ويمكن أن تكون المشاكل المطروحة في الإعسار متباينة جدا عند النظر إليها من جوانب مختلفة.

١٠٩–وقد يقتضي تحقيق الأهداف المتمثلة في زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد وتخفيض التزاماتها وتمكين المدين، في حالة إعادة التنظيم، من البقاء ومن مواصلة تصريف شؤونه إلى أقصى حد ممكن ودون انقطاع، الاستفادة من العقود النافعة التي تسهم في زيادة قيمة الحوزة (بما في ذلك العقود التي تتيح مواصلة استخدام الممتلكات الحاسمة التي قد تكون مملوكة

(35) قد لا يُعترف بالضرورة بترتيب الأولوية ذاته. فمثلا، يمكن أن تأتي مرتبة التمويل اللاحق لبدء الإجراءات من حيث الأولوية بعد مرتبة المطالبات الادارية المتعلقة بتكاليف التصفية.

لطرف ثالث) ورفض العقود المُرهقة أو العقود التي تفوق تكاليفُ أدائها الجارية المنفعةَ المتوقعة من العقد. فعلى سبيل المثال، عندما يكون هناك عقد اتفق فيه المدين على شراء سلع معيّنة بسعر يساوي نصف سعر السوق وقت الإعسار، فمن البديهي أنّ من مصلحة ممثل الإعسار أن يكون قادرا على المضي في شراء هذه السلع بالسعر الأدنى وبيعها بسعر السوق. ومن الطبيعي أن يرغب الطرف المقابل في التحلّل من ذلك الإتفاق الذي أصبح آنذاك غير مجز، ولكن اشتراط أداء العقد لا يطالب الطرف المقابل بما هو أكثر من الالتزام بالصفقة التي عقدها قبل الإعسار. وفي العديد من النظم لا يُسمح له بالتنصّل من أداء العقد، رغم أنه قد يحق له الحصول على تأكيدات بأنّ الثمن المذكور في العقد سيُدفَع له بالكامل. وفي العديد من الأمثلة، تكون مواصلة العقد مفيدة لكلا الطرفين المتعاقدين وليس للمدين وحده.

١١٠- والبت في طريقة معاملة العقود في الإعسار يثير مسألة أولية تخص الأهمية النسبية التي ينبغي أن تُسند إلى قانون العقود العام في حال الإعسار، من ناحية، والعوامل التي تبرر التدخل في تلك المبادئ التعاقدية الراسخة من الناحية الأخرى. وهناك مصالح متنافسة أخرى قد تحتاج إلى الموازنة من أجل ضمان تحقيق توازن مناسب بين الأهداف السياساتية العامة وأهداف الإعسار وقابلية التنبؤ في العلاقات التجارية. وتشمل هذه المصالح الأهمية النسبية التي تكتسيها إعادة التنظيم ومشاركة الدائنين المضمونين في الإعسار؛ والشواغل الاجتماعية التي يطرحها بعض أنواع العقود، ومنها عقود العمل (انظر الفقرة ١٤٤، أدناه، والفقرتين ٧٢ و٧٣ من الفصل الخامس)؛ وتأثير السماح بالتدخّل في مواصلة أداء العقود في قابلية التنبؤ بالعلاقات التجارية والمالية وفي تكلفة الائتمان وتوافره (فكلما اتسعت صلاحية مواصلة العقود أو رفضها في سياق الإعسار ارتفعت على الأرجح تكلفة الائتمان المحتمل وقلّت احتمالات توافره)؛ وكذلك مدى ازدياد إعادة استخدام الموجودات بفضل صلاحية التأثير في أداء العقود.

١١١- وعندما يعتمد قانون الإعسار النهج الذي يجيز التدخل في أداء العقود التي قد تتعارض مع المبادئ التعاقدية العامة، لا بد من النظر بعناية في نطاق تلك الصلاحيات وأنواع العقود التي يمكن أن تتأثر بذلك. ويكاد لا يكون هناك مفر من أن يكون المدين، عند بدء إجراءات الإعسار، طرفا في عقد واحد على الأقل لا يكون فيه هو ولا الطرف المقابل قد أديا كامل التزاماتهما عدا دفع المال في مقابل السلع المورّدة. ولا حاجة إلى قواعد خاصة بشأن الحالة التي لم يؤد فيها طرف واحد فقط كامل التزاماته. فإذا كان المدين هو الطرف الذي لم يؤد التزاماته بالكامل كان للطرف الآخر حق المطالبة بأدائها أو الحصول على تعويض، وهي مطالبة بإمكانه تقديمها في سياق الإعسار. وإذا كان الطرف المقابل هو الذي

لم يؤد التزاماته بالكامل، كان باستطاعة ممثل الإعسار أن يطالب ذلك الطرف بأدائها أو دفع تعويض. ولكن، إذا لم يؤد كلا الطرفين التزاماتهما بالكامل، فإنّ من السمات المشتركة في كثير من قوانين الإعسار أنها تنص على أنّ تلك العقود يمكن أن تخضع، في ظروف محدّدة، للوقف بطريقة تمنع الطرف المقابل من ممارسة حق الإنهاء وتمكِّن من مواصلة أداء العقد أو رفض العقد (أو ربما إحالته، مع أنّ هذا ليس شائعا). وعادة ما يكون ممثل الإعسار مكلفا بإجراء تقييم لطريقة معاملة العقد. بيد أن الولايات القضائية تختلف على مسألة ما إذا كانت موافقة المحكمة لازمة أيضا.

١١٢– ففي إعادة التنظيم، حيث يكون الهدف من الإجراءات هو تمكين المدين من البقاء ومواصلة شؤونه بقدر المستطاع، قد تكون مواصلة العقود التي هي نافعة أو ضرورية لمنشأة المدين والتي تسهم بقيمة في الحوزة أمرا حاسما لنجاح الإجراءات. ويجوز أن تشتمل هذه على عقود توريد بضائع أو خدمات أساسية أو عقود استخدام ممتلكات ذات أهمية حاسمة لاستمرار تشغيل المنشأة، بما فيها ممتلكات تملكها أطراف ثالثة. وبالمثل، يمكن تعزيز فرص النجاح بالسماح لممثل الإعسار أن يرفض عقودا مُرهقة كالعقود التي تكون فيها تكلفة أدائها أعلى من المنافع المتوقع الحصول عليها، أو كعقود الايجار غير المنقضية، مثلا، التي يكون فيها سعر العقد أعلى من سعر السوق. أما في التصفية، فيرجّح أن تكون الرغبة في مواصلة العقود بعد بدء الإجراءات أقل أهمية منها في إعادة التنظيم، إلا إذا كان من الممكن أن يضيف العقد قيمة لمنشأة المدين أو لموجودات معيّنة من موجوداتها أو يساعد على بيع المنشأة كمنشأة عاملة. فاتفاق الايجار، مثلا، الذي يكون فيه مقدار الإيجار أقل من سعر السوق وتكون المدة المتبقية منه طويلة، قد يثبت أنه أساسي لأي بيع مقترح للمنشأة أو أنه يمكن بيعه لتحقيق قيمة لصالح الدائنين.

١١٣– وفيما يتعلق بأنواع العقود التي تتأثر بذلك، هناك حل شائع هو أن تنص قوانين الإعسار على قواعد عامة بشأن كل أنواع العقود وعلى استثناءات بشأن بعض العقود الخاصة. وقد يقتضي الأمر جعل إمكانية رفض عقود العمل، مثلا، محدودة مراعاة للمخاوف من إمكان استخدام الإعسار وسيلةً للتخلص صراحة من تدابير الحماية التي تمنحها هذه العقود للعاملين. وقد تشمل أنواع العقود الأخرى التي تتطلب معاملة خاصة العقود المالية (انظر الفقرات ٢٠٨–٢١٥، أدناه)، والعقود المتعلقة بالخدمات الشخصية التي تكتسي فيها هوية الطرف الذي سينفّذ الاتفاق، سواء أكان المدين نفسه أم أحد موظفيه، أهمية خاصة، وكذلك عقود القروض والتأمين.

٢- شروط الإنهاء الآلي أو التعجيل أو ما شابهها

١١٤- يتضمّن العديد من العقود شرطا يحدّد أحداث القصور التي تمنح الطرف المقابل حقا غير مشروط، مثلا، في إنهاء العقد أو تعجيله (يشار إلى هذه الشروط أحيانا بأنها شروط "بحكم الفعل"). وتشمل أحداث القصور هذه عادة تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو البدء ذاته؛ وتعيين ممثل إعسار؛ واستيفاء المدين معايير بدء إجراءات الإعسار؛ وحتى المؤشرات على أن المدين يشكو من ضعف في وضعه المالي. ويُؤيد بعض القوانين صحة هذه الأنواع من الشروط، وعندما يكون من المستصوب مثلا مواصلة أداء العقد بعد بدء إجراءات الإعسار، لا يكون ذلك ممكنا إلا إذا لم يقرر الطرف المقابل ممارسة حقوقه في الإنهاء بموجب العقد، أو أمكن إقناعه بذلك، أو إذا اشتمل قانون الإعسار على آلية يمكن استخدامها لإقناع الطرف المقابل بأن يسمح بمواصلة العقد. ويمكن أن تشمل هذه الآلية، فيما يخص شروط الإنهاء، إرساء أولوية لدفع ثمن الخدمات الموفّرة بعد بدء الإجراءات (قد تكون هذه الآلية موجودة في بعض قوانين الإعسار في شكل حكم عام يقضي عادة بمعاملة التكاليف المتكبدة بعد بدء الإجراءات بصفتها ذات أولوية أولى).

١١٥- واتباع النهج المؤيد لهذه الأنواع من الشروط يمكن أن يدعمه عدد من العوامل، منها استصواب احترام الصفقات التجارية؛ وضرورة منع المدين من اختيار أداء العقود المربحة وحدها وإلغاء العقود الأخرى (وهي مزية غير متاحة للطرف المقابل)؛ وتأثير عدم دعم حكم الإنهاء الآلي في معاوضة العقود المالية؛ والاعتقاد بأنّ تأخير إنهاء العقود قد لا يؤدي إلاّ إلى زيادة مقدار الديون القائمة، نظرا لأن المنشأة المعسرة لن تكون قادرة بوجه عام على السداد؛ وضرورة أن يكون أصحاب الأشياء المندرجة ضمن الملكية الفكرية قادرين على التحكّم في استخدام تلك الأشياء؛ وأثر إنهاء العقد في منشأة الطرف المقابل، لا سيما إذا تعلق الأمر بممتلكات غير ملموسة.

١١٦- وبمقتضى نهج مختلف، تكون لقانون الإعسار الغلبة على تلك الشروط، مما يبطل قابلية نفاذها. فعندما ينص الشرط مثلا على الإنهاء عند وقوع الحدث المحدّد، يمكن مواصلة العقد رغم اعتراض الطرف المقابل. وعلى الرغم من أنّ نهج تغليب قانون الإعسار على شروط الإنهاء يمكن أن يُعتبر أنه يتدخل في المبادئ العامة لقانون العقود، فإنّ هذا التدخل قد يكون حاسما لنجاح الإجراءات. ففي إعادة التنظيم، مثلا، عندما يكون العقد متعلقا بإيجار بالغ الأهمية أو ينطوي على استخدام ملكية فكرية متأصلة في مُنتج معيّن، فإنّ مواصلة أداء العقد قد تعزز المكاسب المالية المحتملة للمنشأة، وتخفض قدرة الموردين الأساسيين على

المساومة، وتحقق قيمة عقود المدين لما فيه منفعة الدائنين كافة، وتساعد على دفع جميع الدائنين إلى عملية إعادة تنظيم.

١١٧- في سياق التصفية، تشمل الحجج المؤيدة لتغليب قانون الإعسار على شروط الإنهاء الحاجة إلى إبقاء المنشأة دون تجزئة لزيادة قيمة بيعها إلى أقصى حد أو لزيادة إمكانات تحقيقها مكاسب؛ وتحقيق قيمة العقد لما فيه منفعة الدائنين كافة بدلا من فقدانها لصالح الطرف المقابل؛ واستصواب دفع جميع الأطراف إلى المشاركة في التصرف النهائي في المنشأة.

١١٨- ورغم أن بعض قوانين الإعسار يسمح فعلا بتجاوز هذه الأنواع من الشروط في حال بدء إجراءات الإعسار، فإنّ هذا النهج لم يصبح بعد سمة عامة من سمات قوانين الإعسار. وهناك توتر كامن بين العمل على بقاء المنشأة المدينة، الذي يقتضي الحفاظ على العقود من ناحية، وإدخال عامل يقوّض قابلية التنبؤ ويزيد من تكلفة التعاملات التجارية بإنشاء طائفة من الاستثناءات من القواعد التعاقدية العامة من ناحية أخرى. ولئن كان واضحا أنّ هذه المسألة تتطلب إجراء تقييم دقيق للمزايا والمثالب، فهناك مع ذلك ظروف تكون فيها قدرة ممثل الإعسار على ضمان مواصلة أداء العقود حاسمة لنجاح عملية إعادة التنظيم، وهذا ينطبق أيضا، ولكن ربما بدرجة أقل، على عملية التصفية عندما يكون من المقرر بيع المنشأة كمنشأة عاملة. ولهذه الأسباب، من المستصوب أن يسمح قانون الإعسار بتجاوز هذه الشروط. ويمكن موازنة أي أثر سلبي لسياسة تجاوز هذه الأنواع من الشروط بتوفير تعويض للدائنين الذين يستطيعون إثبات تكبدهم أضرارا أو خسائر من جراء مواصلة أداء العقد بعد بدء إجراءات الإعسار، أو بإدراج استثناءات من التجاوز العام لهذه الشروط تخص أنواعا معيّنة من العقود، كعقود القروض النقدية، وعلى الخصوص العقود المالية (انظر الفقرات ٢٠٨-٢١٥، أدناه).

١١٩- وعندما ينص قانون الإعسار على إمكان تجاوز شروط الإنهاء، قد يغري ذلك الدائنين على اتخاذ إجراء وقائي لتجنب تلك النتيجة بإنهاء العقد استنادا إلى أي سبب آخر قبل طلب بدء إجراءات الإعسار (بافتراض حصول تقصير من المدين غير التقصير الناجم عن بدء الإجراءات). ويمكن التخفيف من أثر هذه النتيجة بالنص على أن تكون لممثل الإعسار صلاحية إعادة سريان تلك العقود، شريطة الوفاء بكل من الالتزامات السابقة واللاحقة لبدء الإجراءات.

٣- مواصلة العقود أو رفضها

(أ) الإجراء الخاص بمواصلة العقود أو رفضها

١٢٠- تعتمد قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء مواصلة العقود ورفضها. فبمقتضى بعض القوانين، لا تتأثر العقود ببدء إجراءات الإعسار وبالتالي تظل الالتزامات التعاقدية ملزمة وتظل القواعد العامة لقانون العقود سارية المفعول ما لم ينص قانون الإعسار صراحة على تطبيق قواعد مختلفة، كالنص صراحة على صلاحية تجاوز شروط إنهاء العقد آليا أو على صلاحية رفض العقد.

١٢١- وتربط قوانين أخرى مواصلة العقد ورفضه في عملية إجرائية موحدة تقضي، على سبيل المثال، بأن يتخذ ممثل الإعسار إجراء ايجابيا بشأن العقد، كإشعار الطرف المقابل بأنّ العقد سيتواصل أداؤه (وفي بعض الحالات ستعتمده حوزة الإعسار) أو بأنه سيُرفَض. وبموجب القوانين التي تعتمد هذا النهج، ينطبق الوقف على حق الطرف المقابل في إنهاء العقد، وهذا يتيح لممثل الإعسار وقتا للنظر في الإجراء الذي ينبغي اتخاذه بشأن العقد. وأحد عيوب النهج الذي يقضي بأن يتخذ ممثل الإعسار إجراء ايجابيا بشأن جميع العقود هو أنه قد تكون هناك عمليا حالات كثيرة يتعذر فيها اتخاذ قرار بسبب تعذر أداء العقد. كما إنّ اشتراط القيام باختيار واضح بشأن كل عقد يمكن أيضا أن يكون مرهقا وباهظ التكاليف. وثمة صعوبة أخرى تقترن بهذا النهج وهي تتعلق بما إذا كان ممثل الإعسار ملمّا أم غير ملم إلماما جيدا بجميع العقود التي يكون المدين طرفا فيها، بحيث يكون ممثل الإعسار في وضع يمكّنه من اتخاذ إجراء بشأن كل منها. ولهذا، فإنّ الطريقة التي يعالج بها القانون العقود التي ليس لممثل الإعسار علم بها، لا سيما من منظور قواعد القصور، أمر مهم في هذا الصدد.

'١' تحديد فترات زمنية

١٢٢- بعض القوانين التي تشترط اتخاذ إجراء إيجابي تشترط أيضا اتخاذه في غضون فترة زمنية محدّدة (ربما مع وضع ترتيبات لتمديدها في ظروف معينة)، وهي فترة تكون بوجه عام أطول في حالة إعادة التنظيم مما في حالة التصفية. وتتراوح أمثلة هذه الفترات ما بين ٢٨ يوما و٦٠ يوما. وتنص قوانين أخرى على أن تحدّد المحكمة تلك الفترات. ويهدف هذا النهج إلى تأمين اليقين للطرفين على السواء. فهو يقتضي من ممثل الإعسار اتخاذ إجراء في حينه بشأن العقود المعلّقة عند بدء الإجراءات ويوفّر للطرف المقابل يقينا إلى حد ما فيما يتعلق بمواصلة أداء العقد في غضون فترة زمنية معقولة بعد بدء الإجراءات.

'٢' قواعد القصور

١٢٣- يعتمد عدد من القوانين قاعدة قصور مفادها أن عدم اتخاذ ممثل الإعسار الإجراء اللازم في غضون الفترة المحدّدة يؤدي إلى معاملة العقد على أنه مرفوض أو غير قابل للإنفاذ. وفي حال اعتماد قاعدة قصور، يجوز التمييز بين التصفية وإعادة التنظيم، وكذلك بين العقود التي يكون لممثل الإعسار علم بها والأخرى التي لا علم له بها. ونظرا لأنه قد يكون معقولا في حال التصفية افتراض أن عدم اتخاذ ممثل الإعسار قرارا بشأن عقد ما يعني على الأرجح قرارا برفضه، فمن الممكن رفض العقد آليا ما لم يتخذ إجراء لاستبقائه. وتكون النتيجة متسقة مع هدف التصفية عندما تقتضي بيع الموجودات مجزأة.

١٢٤- وقد لا يكون هذا الافتراض مناسبا في حال إعادة تنظيم المنشأة أو بيعها كمنشأة عاملة، وقد يقتضي الأمر مزيدا من المرونة لتفادي الوضع الذي يؤدي فيه عدم البت في حينه إلى حرمان الحوزة من عقد قد يكون مهما جدا للإجراءات. وبالتالي، قد يكون من المناسب أن يُسمح لممثل الإعسار باتخاذ قرار فيما يخص الرفض حتى وقت الموافقة على خطة إعادة التنظيم، شريطة أن تسدد تكاليف أداء العقد حتى وقت الرفض بصفتها نفقات إدارية، وأن يكون الطرف المقابل قادرا على فرض اتخاذ قرار في وقت أبكر متى كان ذلك لازما أو مرغوبا فيه. ومن المستصوب أن تعالج الخطة بشكل واضح معاملة عقود محدّدة، ربما بالنص على أنّ العقود التي لا تعالجها الخطة على هذا النحو ينبغي أن تعامل على أنها مرفوضة آليا عند الموافقة على الخطة.

'٣' حق الطرف المقابل في التماس قرار

١٢٥- ينص بعض القوانين على أن للطرف المقابل حقا غير مشروط في أن يلتمس من ممثل الإعسار اتخاذ قرار بشأن عقد معيّن في غضون فترة زمنية محدّدة. وهذه القاعدة يجوز أن تنطبق حتى عندما يحدّد قانون الإعسار أجلا مسمى لقيام ممثل الإعسار باتخاذ القرار، لأنّ هذا من شأنه أن يتيح للطرف المقابل إمكانية التماس قرار دون الاضطرار إلى الانتظار إلى أن تنقضي المدة المحدّدة. وقد يكتسب هذا الإجراء أهمية خاصة عندما يشمل العقد المعني توفير خدمة مستمرة ويمكن أن يؤدي عدم قيام ممثل الإعسار باتخاذ إجراء إلى تراكم نفقات غير لازمة (فقيام المدين مثلا بدفع إيجار ممتلكات يمكن أن يشكّل نفقات إدارية باهظة في حال عدم إنهاء الإيجار فورا)، أو إلى إنهاء خدمات أساسية. وعندما لا يتخذ ممثل الإعسار قرارا في غضون الفترة المحدّدة، يجوز أن يسمح قانون الإعسار للطرف المقابل بأن يقدّم إلى المحكمة طلبا يطالب فيه بإصدار قرار، أو أن يطبق قاعدة قصور لمعاملة العقد بطريقة تتيح مواصلته أو رفضه.

'٤' مواصلة العقود أو رفضها جملة

١٢٦- أيّا كانت القواعد المعتمدة بشأن مواصلة أداء العقود أو رفضها، من المستصوب حصر أي صلاحيات يتمتع بها ممثل الإعسار في العقد ككل بحيث يمكن تفادي وضع يمكن فيه لممثل الإعسار أن يختار مواصلة أداء أجزاء معيّنة من العقد ورفض الأجزاء الأخرى.

'٥' العقود المعروفة من ممثل الإعسار

١٢٧- من المستصوب أيضا أن تكون صلاحية ممثل الإعسار فيما يتعلق بالعقود مقصورة على تلك التي هو أو المحكمة (عندما يقتضي قانون الإعسار أن تتخذ المحكمة قرارات بشأن العقود) على علم بها. وما لم يعتمد هذا التقييد، فإنّ عواقب عدم اتخاذ قرار بشأن عقد لا علم لممثل الإعسار بوجوده قد تؤدي إلى مطالبات بتعويضات عن أضرار وإلى إمكانية تحمل مسؤولية مهنية عن ذلك. وعندما لا يكون ممثل الإعسار على علم بعقد ما، قد يكون غير مستصوب أيضا أن يطبق القانون قاعدة قصور من شأنها أن تؤدي إلى مواصلة أداء العقد أو رفضه قبل إتاحة الفرصة لممثل الإعسار لتقييم العقد. ويمكن أن يتمثّل أحد الحلول لهذه المسألة (في حدود امتثال المدين) في إدراج اشتراط في القانون يقضي بأن يوفّر المدين لممثل الإعسار قائمة بالعقود التي لم تؤدَّ بالكامل (انظر الفقرة ٢٤ من الفصل الثالث).

(ب) توقيت المواصلة والرفض والإشعار بهما

١٢٨- من المستصوب، عندما يسمح القانون لممثل الإعسار بأن يرفض عقدا، أن يحدّد الوقت الذي سيبدأ فيه نفاذ الرفض، سواء أكان ذلك اعتبارا من اتخاذ قرار الرفض أم بأثر رجعي. وثمة نهج يقتضي أن يبدأ نفاذ الرفض بأثر رجعي اعتبارا من وقت تقديم طلب بدء الإجراءات، مع ما يترتب على ذلك من عدم نشوء مسؤولية لاحقة لتقديم الطلب بموجب العقد، باستثناء ما يتعلق بالسلع والخدمات الموفَّرة لمنفعة الحوزة بعد تقديم الطلب.

١٢٩- ومن المستصوب، عندما ينص القانون على أن يتخذ ممثل الإعسار قرارا بشأن مواصلة عقد ما أو رفضه، أن يتضمّن القانون أيضا اشتراط إشعار ذلك الطرف المقابل أو تلك الأطراف المقابلة بذلك القرار. وينبغي أن يشمل الإشعار إطلاع الطرف المقابل على حقوقه، بما فيها حقه في الطعن في قرار ممثل الإعسار بشأن العقد وتقديم مطالبة في سياق الإعسار (فيما يخص قصورا سابقا للبدء أو ناشئا عن القرار المتخذ بشأن العقد) وأي إجراءات شكلية ذات صلة.

(ج) مواصلة العقود عند إخلال المدين

١٣٠– عندما يكون المدين مخلا بالتزاماته بموجب عقد ما وقت تقديم الطلب المتعلق بالإعسار، تنشأ مسألة سياساتية بشأن ما إذا كان من العدل أن يُشترط على الطرف المقابل أن يواصل التعامل مع مدين معسر في تلك الظروف. فبعض قوانين الإعسار يضع شرطا لمواصلة أداء عقد من هذا القبيل للفترة المتبقية منه وهو أن يعالج ممثل الإعسار أي إخلال من المدين بموجب العقد (معيدا الطرف المقابل إلى الوضع الاقتصادي الذي كان فيه قبل حدوث الإخلال)، وأن يضمن الأداء في المستقبل، بتقديم سند أو ضمانة مثلا. ولا تشترط قوانين إعسار أخرى معالجة حالات الإخلال السابقة، ولكنها قد تفرض قيودا فيما يتعلق بالظروف التي يمكن فيها مواصلة الأداء. وأحد الأمثلة هي العقود التي يمكن تقسيمها إلى عدة وحدات منفصلة، كعقود الإمدادات بالمنافع التي يتم سداد فواتيرها شهريا. وكثيرا ما تسمح قوانين الإعسار بمواصلة هذه العقود، على وجه التحديد، من أجل توفير خدمات أساسية كخدمات الهاتف والكهرباء والغاز والماء وتصريف النفايات. وثمة ما يبرر طمأنة المدين بمواصلة الحصول على تلك الخدمات دون اشتراط معالجة الإخلال (خاصة في حال لجوء المدين إلى تقديم طلب لبدء الإجراءات)، شريطة أن يكون قادرا على أداء التزاماته اللاحقة لبدء الإجراءات. وينبغي أن يتناول قانون الإعسار بوضوح الظروف التي يُشترط فيها على المدين أن يُعالج الإخلال حتى تتسنى مواصلة العقد. وقد يشترط بعض قوانين الإعسار على ممثل الإعسار أن يضمن الأداء في المستقبل، وأن يقبل في بعض الحالات تحمل مسؤولية شخصية عن أي إخلال قد يحدث في المستقبل.

(د) الأداء قبل المواصلة أو الرفض

١٣١– قد يكون من المستصوب أيضا، وإن لم يكن ذلك شائعا في قوانين الإعسار، معالجة مسألة التزامات الطرف المقابل في الفترة الفاصلة بين بدء الإجراءات واتخاذ القرار بشأن معاملة العقد (عندما يلزم اتخاذ قرار من هذا القبيل)، وخاصة ما إذا كان يشترط على الطرف المقابل بدء الإجراءات أو مواصلة أداء العقد. فهذا النهج من شأنه أن يستوفي هدفي اليقين وقابلية التنبؤ لدى جميع الأطراف المعنية. وعندما يكون أداء العقد متواصلا قبل أن يُتخذ قرار مواصلة أداء العقد أو رفضه، تُدفع تكاليف مواصلة الأداء الناشئة بمقتضى العقد بصفتها نفقات إدارية. والمنطق الذي يستند إليه هذا النهج هو أنّ من المعقول افتراض أنّ الأداء اللاحق لبدء الإجراءات نافع للحوزة، وإلاّ لكان من الأجدر رفضه. وإذا استخدم ممثل الإعسار موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين الخاضع للعقد، وجب دفع

التكاليف المنصوص عليها في العقد والمترتبة على مواصلة أداء العقد بصفتها نفقات إدارية، ووجبت حماية الطرف الثالث من تناقص قيمة تلك الموجودات، طالما كانت تلك المسألة غير مشمولة بالعقد.

(هـ) أثر المواصلة أو الرفض في الطرف المقابل

'١' المواصلة

١٣٢-بموجب القوانين التي تشترط اتخاذ ممثل الإعسار إجراء إيجابيا، تعامَل العقود التي يختار ممثل الإعسار مواصلة أدائها على أنها التزامات لاحقة للبدء ومتواصلة تقع على عاتق المدين، ويجب أن يؤديها كل من الحوزة والطرف المقابل على السواء. وتعامَل المطالبات الناشئة عن أداء تلك العقود في عدد من قوانين الإعسار على أنها نفقات إدارية (وليس على أنها مطالبة غير مضمونة)، وهي تولى أولوية في التوزيع. وبما أنّ منح مثل هذه الأولوية يشكّل مخاطرة محتملة للدائنين الآخرين (الذين ستُدفع لهم الأموال بعد الدائنين ذوي الأولوية)، فإنّ من المستصوب، إذا اتُّبع هذا النهج، ألاّ يتواصل أداء عقود غير العقود التي ستكون مربحة أو أساسية لمواصلة تشغيل منشأة المدين بعد بدء إجراءات الإعسار. وفي الولايات القضائية التي تنطبق فيها القواعد العامة لقانون العقود ولا يُشترط فيها أن يتخذ ممثل الإعسار قرارا بشأن مواصلة العقود، يجوز أن ينص قانون الإعسار على أنّ تلك المطالبات لن تكون لها أولوية، وأنها ستوضع في مرتبة غيرها من المطالبات غير المضمونة.

١٣٣- وبما أنّ مواصلة عقد ما مبرم مع طرف خاضع لإجراءات الإعسار قد ينطوي على عنصر مخاطرة للطرف المقابل، وهي مخاطرة ما كانت لتنشأ في غير هذا الظرف، ومنها مثلا احتمال عدم السداد، فإنّه قد يكون من المناسب أن يعالج قانون الإعسار مسألة ما إذا كان ينبغي توفير تدابير حماية معيّنة للطرف المقابل. وسيقتضي الأمر موازنة عدد من العوامل، منها أهمية العقد للإجراءات؛ وتكاليف إجراءات توفير الحماية اللازمة؛ وما إذا كان بإمكان المدين أو الحوزة أداء الالتزامات فعلا بموجب العقد المتواصل أداؤه؛ والأثر الذي يلحق بالتعاقد التجاري من جراء إرغام الطرف المقابل على أن يأخذ على عاتقه المخاطرة المتمثلة في عدم السداد. فإذا كان العقد ينص، مثلا، على أن يوفّر البائع ائتمانا للمدين لفترة زمنية معيّنة قبل أن يطالبه بالسداد، أو إذا كان ينص على الدفع عند التسليم، ربما تكبّد البائع تكاليف باهظة أو خسائر، إذا لم يعد ممثل الإعسار قادرا على الدفع بحلول موعد الدفع أو التسليم. وتعالج بعض القوانين هذه المسائل باشتراط أن يضمن ممثل الإعسار الدفع أو الأداء للطرف المقابل، بواسطة كفالة مصرفية أو خطاب اعتماد مثلا. ويجوز، بموجب قوانين

أخرى، أن يتحمل ممثل الإعسار مسؤولية شخصية عن الأداء. وهذا النهج قد يثني عن مواصلة العقود في حال وجود مخاطرة تتمثل في احتمال عدم الأداء، مما يؤثر سلبا في إعادة التنظيم. ويمكن أن تكون المسؤولية الشخصية مرهقة أكثر من العادة فيما يخص عقودا معيّنة كعقود العمل. وثمة نهج آخر يشترط على الطرف المقابل أن يتحمل مخاطرة عدم الدفع على أساس أنها مخاطرة اعتيادية في سياق التعاملات التجارية، علما بأنّ إسناد أولوية إدارية للمطالبات والمدفوعات المتعلقة بالأداء اللاحق لبدء الإجراءات في إطار العقد المتواصل أمر من شأنه أن يوفّر للطرف المقابل قدرا من الحماية (رغم أنها قد تكون محدودة إذا كانت الموجودات المتاحة لدفع هذه النفقات محدودة).

'٢' الرفض

١٣٤– عندما يُرفض عقد ما، يُعفى الطرف المقابل عادة من أداء ما تبقّى منه وتكون المسألة الرئيسية التي يتعيّن البت فيها هي مسألة سبل الانتصاف التي ستكون متاحة للطرف المقابل. فالعديد من القوانين ينص على أنّ الطرف المقابل يستحق تعويضا عن الخسائر فقط، حتى ولو كان يمكن توفير سبل انتصاف أخرى خارج سياق الإعسار. ويتمثل أحد الأسباب من وراء هذا النهج في أنّ إتاحة سبل انتصاف أخرى، مثل تسليم سلع صُنعت ولكن لم تُسلَّم قبل بدء إجراءات الإعسار، ستعني تسديد مقدار مطالبة الطرف المقابل بكاملها، وهو أمر غير متاح للدائنين غير المضمونين الآخرين ويمثل ابتعادا عن مبدأ المعاملة على قدم المساواة. بيد أنّ بعض القوانين يسمح بمثل هذا الانتصاف فيما يتعلق بتسليم السلع، في حين أنّ غيرها من القوانين يسمح بالأداء في حال عقود بيع الأراضي.

١٣٥– وعندما يكون الانتصاف عبارة عن تعويض عن الخسائر، يجوز تحديد حساب الخسائر غير المضمونة الناجمة عن الرفض وفقا للقانون المنطبق غير قانون الإعسار، ويصبح الطرف المقابل دائنا غير مضمون له مطالبة تعادل المقدار المحدّد. ويجوز أن تكون للطرف المقابل، بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض عن الخسائر الناجمة عن الرفض، مطالبة فيما يتعلق بأداء العقد في الفترة السابقة للرفض (قد تكون في مرتبة مطالبة إدارية).[٣٦]

(36) انظر الفقرات ٦٢–٧٩ من الفصل الخامس، بشأن تحديد مراتب المطالبات.

(و) تعديل العقود المتواصلة

١٣٦- من المسائل التي يتعيّن النظر فيها أيضا بشأن العقود المتواصلة مسألة الظروف التي يجوز فيها لممثل الإعسار أن يغير أحكام هذه العقود وشروطها. فكما لوحظ أعلاه، يجب احترام أحكام العقد بمجمله وشروطه. وكمبدأ عام، لن يكون لممثل الإعسار، فيما يتعلق بتعديل العقد، حقوق أوسع من الحقوق المكفولة للمدين عادة بموجب العقد. ويشترط على ممثل الإعسار عموما أن يتفاوض على أيّ تعديل مع الطرف المقابل؛ وأيّ تعديل يجرى دون موافقة ذلك الطرف الآخر يشكّل إخلالا بالعقد، ويجوز للطرف المقابل أن يلتمس الانتصاف المنطبق في هذا الصدد.

٤- إيجارات الأراضي والمباني

١٣٧- يتضمّن بعض قوانين الإعسار أحكاما محدّدة بشأن إيجارات الأراضي والمباني التي لم ينقض أجلها، وهي تميز بين الإيجارات السكنية والتجارية. وكثيرا ما تكون الإيجارات التجارية، بصورة خاصة، مهمة في حالات إعادة التنظيم. فالإيجارات التي تقل أسعارها عن أسعار السوق، مثلا، تشكل موجودات يمكن أن تباع وتعود بنفع للحوزة. وفي مقابل ذلك، فإنّ القدرة على الإفلات من إيجار مكان خاسر ماليا قد تكون مزية في حال احتياج المدين إلى خفض حجم منشأته لضمان نجاح إعادة تنظيمها.

١٣٨- ويجوز، بموجب بعض القوانين، رفض عقد إيجار يكون فيه المدين هو الطرف المستأجر دون الرجوع إلى تاريخ انتهاء العقد، شريطة التقيد بمدة الإشعار المنصوص عليها في القانون أو عقد الإيجار. وينشئ الرفض حقا للمؤجر في المطالبة بالتعويض بسبب إنهاء العقد قبل الأوان. وعندما يكون المدين هو الطرف المستأجر ويتقرر أن يتواصل عقد الايجار، قد يكون من المناسب فرض بعض الشروط على حوزة الإعسار، ومنها مثلا إلزام ممثل الإعسار بمعالجة أيّ قصور وتوفير تعويض عن أيّ ضرر ناجم عن ذلك القصور، إضافة إلى إعطاء تأكيد بأداء العقد في المستقبل بمقتضى عقد الإيجار. وقد يكون من المستصوب أيضا وضع حد أقصى للتعويضات التي يطالب بها المؤجر (يمكن أن يكون ذلك مبلغا ماليا أو فترة محدّدة من الزمن يجوز دفع تعويضات عنها) لكي لا تكون للمطالبة بموجب عقد إيجار طويل الأمد غلبة على مطالبات الدائنين الآخرين. وعادة ما تكون لدى المؤجرين فرصة للتخفيف من الخسائر بإعادة تأجير الملك العقاري.

٥– الإحالة

١٣٩–يمكن أن تعود على الحوزة، وبالتالي على المستفيدين من عائدات التوزيع في أعقاب التصفية أو في إطار إعادة التنظيم، منافع كبيرة نتيجة لقدرة ممثل الإعسار على أن يختار إحالة عقد ما، بالرغم من أحكام الإنهاء المترتبة على الإعسار أو القيود المفروضة على الإحالة والواردة في العقد. وقد توجد ظروف، كتلك التي يكون فيها سعر العقد أقل من القيمة السوقية، قد يسفر فيها رفض العقد عن ربح مفاجئ للطرف المقابل. أما إذا كانت إحالة العقد ممكنة، فإنّ حوزة الإعسار وليس الطرف المقابل هي التي تستفيد من الفرق بين السعر بموجب العقد وسعر السوق.

١٤٠–لكنّ النص على إمكانية إحالة العقد خلافا لأحكامه قد يقوّض حقوق الطرف المقابل التعاقدية ويثير مسائل تتعلق بالإجحاف، خاصة عندما تكون سلطة الطرف المقابل في اختيار المحال إليه ضئيلة أو منعدمة. وقد يكون من غير المستصوب أيضا فرض إحالة العقد إلى محال إليه قد لا يكون معروفا لدى الطرف المقابل أو قد لا يكون الطرف المقابل راغبا في التعامل معه. وهناك نُهُج مختلفة متبعة إزاء مسألة الإحالة. فبعض قوانين الإعسار ينص على أنّ شروط عدم الإحالة تصبح لاغية وباطلة بمجرد بدء إجراءات الإعسار، بينما تترك قوانين إعسار أخرى هذه المسألة لقانون العقود العام؛ فإذا تضمن العقد شرطا بعدم الإحالة أصبحت إحالة العقد غير ممكنة ما لم يوافق الطرف المقابل أو جميع الأطراف في العقد الأصلي على ذلك. غير أنّ بعض هذه القوانين ينص أيضا على أنه إذا لم يوافق الطرف المقابل على الإحالة، جاز أن توافق عليها المحكمة إذا أمكن، مثلا، إثبات أنّ امتناع الطرف المقابل عن الموافقة لا يستند إلى سبب معقول، أو إذا كان الطرف المقابل لن يُغبن كثيرا بسبب الإحالة، أو إذا استطاع ممثل الإعسار أن يثبت للطرف المقابل أنّ المحال إليه قادر على أداء العقد بصورة وافية.[٣٧]

١٤١–وعندما يسمح قانون الإعسار بإحالة العقود، من المستصوب جدا أن يُشترط على المدين معالجة أيّ إخلال قبل إحالة العقد. فهذا من شأنه أن يساعد على ضمان أن يحل المحال إليه محل المدين بصفته الطرف المتعاقد إحلالا موفّقا وخاليا من المشاكل.

(37) يتفق هذا النهج، على سبيل المثال، مع النهج المتبع في المادة ٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (للاطلاع على نص المادة ٩، انظر الحاشية ٣١، أعلاه).

١٤٢- وبغض النظر عن صلاحيات ممثل الإعسار لإحالة العقود، هناك عقود لا يمكن إحالتها لأنها تتطلب أداء خدمات شخصية لا يمكن أن يؤديها شخص آخر، أو لأنّ الإحالة محظورة بحكم القانون. فبعض الدول، مثلا، يحظر إحالة عقود الإشتراء الحكومية.

٦- الاستثناءات العامة من صلاحية مواصلة أداء العقود أو رفضها أو إحالتها

١٤٣- تندرج الاستثناءات من صلاحيات ممثل الإعسار فيما يتعلق بمعاملة العقود بوجه عام في فئتين. أمّا الفئة الأولى فتتعلق بأنواع محدّدة من العقود، وأمّا الفئة الثانية فتتعلق بالعقود التي يتعذر أداؤها. وفيما يتعلق بالفئة الأولى، حيث ينص قانون الإعسار على تجاوز أحكام الإنهاء الآلي، هناك استثناءات محدّدة قد تكون مستصوبة بشأن عقود معيَّنة كالعقود المالية القصيرة الأمد (عقود المقايضة والعقود الآجلة — انظر الفقرات ٢٠٨-٢١٥، أدناه) وعقود التأمين وعقود الإقتراض. وقد يكون من المناسب أيضا النص على استثناءات من صلاحية الرفض فيما يتعلق باتفاقات العمل، والاتفاقات التي يكون فيها المدين هو المؤجر أو مانح الامتياز أو المرخِّص باستخدام ملكية فكرية ويكون من شأن إنهاء الاتفاق أن يؤدي إلى إنهاء أعمال الطرف المقابل أو إلحاق ضرر جسيم به، خاصة عندما يكون من المحتمل أن يعود ذلك بمزية ضئيلة نسبيا على المدين، كما يمكن أن تكون تلك الإستثناءات مناسبة أيضا فيما يخص عقودا مبرمة مع الحكومة، كاتفاقات الترخيص وعقود الإشتراء.

١٤٤- وبغية زيادة شفافية نظام الإعسار، من المستصوب أن تُذكر بوضوح في قانون الإعسار القيود المفروضة على صلاحيات ممثل الإعسار في معالجة أنواع العقود التي ترد مناقشتها في هذا الباب.

(أ) عقود العمل

١٤٥- كما لوحظ أعلاه، تشكل عقود العمل أحد الإستثناءات الهامة من الصلاحيات التي يرد بحثها في هذا الباب. وهذه العقود ليست مهمة في إعادة التنظيم فحسب، بل في التصفية أيضا عندما يحاول ممثل الإعسار بيع منشأة المدين كمنشأة عاملة. ويمكن الحصول على سعر أعلى إذا تمكّن ممثل الإعسار من إنهاء عقود العمل الباهظة أو من إجراء التخفيض الضروري في عدد العاملين لدى المدين. بيد أنّ العلاقة بين الموظف وصاحب العمل تثير بعضا من أصعب المسائل في قانون الإعسار. فوضع العاملين لا يحميه العقد ذاته فحسب، وهو أساسا

عقد معلّق كأيّ عقد آخر، وإنما تحميه أيضا أحكام ترد في قوانين أخرى وتوفّر الحماية للعاملين، وهي أحكام إلزامية في المادة. وقد تتعلق هذه الأحكام، على سبيل المثال، بالفصل المجحف من الخدمة؛ والحدود الدنيا للأجور؛ والإجازة المدفوعة الأجر؛ والحد الأقصى لفترات العمل؛ وإجازة الأمومة؛ والمساواة في المعاملة؛ وعدم التمييز. والسؤال الصعب بوجه عام يتعلق بمدى تأثير هذه الأحكام في الإعسار، مما يثير مسائل أوسع بكثير من إنهاء العقد وأولوية المطالبات المالية المتعلقة بالأجور والاستحقاقات غير المدفوعة. ولهذه الأسباب، اعتمد عدد من الدول نظما خاصة لمعالجة حماية مطالبات العاملين في الإعسار (انظر الفقرتين ٧٢ و٧٣ من الفصل الخامس، بشأن أولوية مطالبات العاملين). وتفاديا لاستخدام إجراءات الإعسار كوسيلة لإزالة حماية العاملين، فإنّ هذه القوانين تقيّد تحديدا قدرة ممثل الإعسار على رفض عقود العمل. وقد يشمل هذا النهج عدم استخدام هذه الصلاحيات إلاّ في ظروف معيّنة، وذلك مثلا عندما تكون مكافأة العاملين مفرطة مقارنة بمتوسط الأجر الذي يتقاضاه الموظف العادي عن العمل ذاته. وينص القانون في بعض الدول على أن يتبع العاملون المنشأة في حال بيعها كمنشأة عاملة، في سياق كل من التصفية وإعادة التنظيم، لكنه ينص، في بلدان أخرى، على انطباق هذا في سياق إعادة التنظيم فقط.

(ب) عقود الخدمات التي لا يمكن أن يؤديها شخص آخر والخدمات الشخصية

١٤٦– تتعلق الفئة الثانية بالعقود التي لا يمكن مواصلتها، بغض النظر عن الطريقة التي يعامل بها قانون الإعسار أحكام الإنهاء الآلي، لأنها تنص على أن يؤدي المدين، أو أحد العاملين لديه، خدمات شخصية لا يمكن أن يؤديها شخص آخر (فقد يتعلق العقد، على سبيل المثال، بملكية فكرية معيّنة، أو بخدمات مقترنة باتفاق شراكة، أو خدمات يقدّمها شخص ذو مهارات متخصصة رفيعة المستوى أو يقدِّمها شخص مسمّى ذو مهارة معيّنة).

٧– العقود اللاحقة لبدء الإجراءات

١٤٧– ثمة فئة أخرى من العقود في سياق الإعسار، بالإضافة إلى العقود غير المؤداة بالكامل، وهي العقود المبرمة بعد بدء الإجراءات. ففي سياق إعادة التنظيم، وكذلك عندما يُعتزَم بيع المنشأة كمنشأة عاملة في سياق التصفية، كثيرا ما تكون هناك حاجة إلى إبرام عقود (في سياق العمل المعتاد وغيره من السياقات على السواء) من أجل الحفاظ على وضع المنشأة كمنشأة عاملة وتمكينها من مواصلة الكسب لمنفعة الدائنين في نهاية المطاف. وتُعتبر هذه

العقود عموما التزامات على الحوزة لاحقة لبدء الإجراءات وتُدفع التكاليف والنفقات المتكبّدة في أدائها كاملة بصفتها من نفقات إدارة الحوزة.

التوصيات ٦٩-٨٦

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام الخاصة بمعاملة العقود هو:

(أ) إرساء الطريقة التي ينبغي أن يعامل بها قانون الإعسار العقود التي لم يؤدِّ المدين ولا الطرف المقابل كامل التزاماتهما بموجبها بعد، بما في ذلك العلاقة بين قانون الإعسار والقانون المنطبق، وذلك بهدف زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد وتقليل التزاماتها؛

(ب) تحديد نطاق صلاحيات معاملة هذه العقود والحالات التي تجوز فيها ممارسة تلك الصلاحيات ومن يجوز له ممارستها؛

(ج) تحديد أنواع العقود التي ينبغي استثناؤها من ممارسة تلك الصلاحيات؛

(د) تحديد أنواع الحماية التي ستكون متاحة للأطراف المقابلة في العقود التي يتواصل أداؤها.

مضمون الأحكام التشريعية

معاملة العقود التي لم تؤدَّ بالكامل (الفقرات ١٠٨-١١٢)

٦٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار كيفية معاملة العقود التي لم ينفِّذ المدين ولا الطرف المقابل له بعدُ كامل التزامات كل منهما بموجبها.

شروط الإنهاء الآلي والتعجيل (الفقرات ١١٤-١١٩)

٧٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن أيّ شرط في العقد يقضي بإنهاء العقد آليا أو تعجيله لا يجوز إنفاذه على ممثل الإعسار ولا على المدين عند وقوع أي من الأحداث التالية:

(أ) تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بدء الإجراءات فعلا؛

(ب) تعيين ممثل للإعسار.[٣٨]

٧١- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار العقود المستثناة من إعمال التوصية ٧٠، ومنها مثلا العقود المالية أو الخاضعة لقواعد خاصة، كعقود العمل.

المواصلة أو الرفض (الفقرات ١٢٠-١٢٢ و١٢٦ و١٢٧)

٧٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقرّر مواصلة أداء عقد هو على علم بأنّ مواصلته ستكون نافعة لحوزة الإعسار.[٣٩] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار:

(أ) أنّ الحق في المواصلة ينطبق على العقد بمجمله؛

(ب) أنّ المواصلة تعني أنّ جميع شروط العقد واجبة الإنفاذ.

(38) لا تنطبق هذه التوصية إلا على العقود التي يمكن فيها تجاوز تلك الشروط (انظر التعليق الوارد في الفقرات ١٤٣-١٤٥، بشأن الاستثناءات، أعلاه). وهي لا يُقصد بها أن تكون حصرية، وإنما يُقصد بها إرساء حد أدنى: فالمحكمة ينبغي أن تكون قادرة على فحص الشروط التعاقدية الأخرى التي سيكون لها أثر إنهاء عقد ما عند وقوع أحداث مماثلة.

(39) إذا كان الوقف الآلي عند بدء إجراءات الإعسار يعمل على منع إنهاء العقود المبرمة مع المدين (وفقا لشرط ينص على الإنهاء الآلي)، فينبغي أن تبقى كل العقود قائمة لتمكين ممثل الإعسار من النظر في إمكانية مواصلتها، ما لم يتضمّن العقد تاريخا للإنهاء يتصادف وقوعه بعد بدء إجراءات الإعسار.

٧٣- يجوز أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بأن يقرر رفض عقد ما،[٤٠] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الحق في الرفض ينطبق على العقد بمجمله.

توقيت قرار المواصلة أو الرفض والإشعار به (الفقرتان ١٢٨ و١٢٩)

٧٤- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار فترة زمنية يشترط على ممثل الإعسار أن يتخذ في غضونها قرارا بمواصلة العقد أو رفضه، ويجوز أن تمدّد المحكمة تلك الفترة.

٧٥- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار موعد بدء نفاذ الرفض.

٧٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال مواصلة العقد أو رفضه، يجب إشعار الطرف المقابل بالمواصلة أو الرفض وبحقوقه فيما يتعلق بتقديم مطالبة وبالوقت الذي ينبغي أن تقدّم فيه المطالبة، وأن يسمح له بأن يُسمع في المحكمة.

حق الطرف المقابل في التماس اتخاذ قرار (الفقرة ١٢٥)

٧٧- على الرغم من التوصية ٧٤، ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للطرف المقابل بأن يلتمس من ممثل الإعسار (في غضون أي أجل محدّد) أن يتخذ قرارا عاجلا بشأن مواصلة العقد أو رفضه، وبأن يلتمس من المحكمة، في حال عدم اتخاذ ممثل الإعسار إجراء في هذا الصدد، أن توعز لممثل الإعسار بالقيام بذلك.

عواقب عدم اتخاذ قرار (الفقرات ١٢٣ و١٢٤ و١٢٧)

٧٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار عواقب عدم اتخاذ ممثل الإعسار قرارا في غضون فترة زمنية محدّدة فيما يتعلق بالعقود التي له علم بها. ولا ينبغي أن يترتب على عدم اتخاذ ممثل الإعسار إجراء في غضون الفترة الزمنية المحدّدة مواصلة عقد ليس لممثل الإعسار علم به.[٤١]

(40) يتبع بعض الولايات القضائية نهجا بديلا عن منح صلاحية رفض العقود، فتنص على أنّ أداء العقد يتوقف بكل بساطة ما لم يقرر ممثل الإعسار مواصلة أدائه.

(41) انظر الفقرة ٢٤ من الفصل الثالث، فهي تشير إلى التزام المدين بتوفير المعلومات، بما في ذلك توفير قائمة بالعقود التي لم تؤدَّ بالكامل.

مواصلة العقود في حال إخلال المدين بها (الفقرة ١٣٠)

٧٩– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال إخلال المدين بعقد ما، يستطيع ممثل الإعسار أداء ذلك العقد، شريطة أن يعالَج الإخلال، وأن يعاد الطرف المقابل غير المخلّ بالعقد إلى الوضع الاقتصادي الذي كان يتمتع به إلى حد كبير، وأن تكون الحوزة قادرة على الأداء بموجب العقد الذي يتواصل أداؤه.

الأداء قبل مواصلة العقد أو رفضه (الفقرة ١٣١)

٨٠– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز لممثل الإعسار أن يقبل أو يشترط أداء الطرف المقابل في عقد قبل مواصلة العقد أو رفضه. وينبغي أن تكون مطالبات الطرف المقابل الناشئة عن الأداء الذي قبله أو اشترطه ممثل الإعسار قبل مواصلة العقد أو رفضه واجبة السداد بصفتها نفقة إدارية:

(أ) إذا أدّى الطرف المقابل العقد، وجب أن تكون النفقات الإدارية هي السعر التعاقدي للأداء؛ أو

(ب) إذا استخدم ممثل الإعسار موجودات مملوكة لطرف ثالث وفي حيازة المدين وخاضعة لشروط العقد، وجب أن يُحمى ذلك الطرف من تناقص قيمة تلك الموجودات وأن تكون له مطالبة إدارية وفقا للفقرة الفرعية (أ).

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال في وقت لاحق بعقد متواصل أداؤه (الفقرتان ١٣٢ و١٣٣)

٨١– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، في حال اتخاذ قرار بمواصلة أداء عقد ما، ينبغي دفع التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بذلك العقد لاحقا بصفتها نفقات إدارية.

التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الرفض (الفقرتان ١٣٤ و١٣٥)

٨٢– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ أيّ أضرار ناجمة عن رفض عقد سابق لبدء الإجراءات ستقرَّر وفقا للقانون المنطبق وينبغي معاملتها بصفتها مطالبة عادية غير مضمونة. ويجوز أن يحدّ قانون الإعسار من المطالبات المتعلقة برفض عقد طويل الأمد.

إحالة العقود (الفقرات ١٣٩-١٤٢)

٨٣- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنّ بإمكان ممثل الإعسار أن يقرّر إحالة عقد ما، بالرغم من القيود الواردة فيه، شريطة أن تعود الإحالة بالنفع على الحوزة.

٨٤- عندما يعترض الطرف المقابل على إحالة عقد ما، يجوز أن يسمح قانون الإعسار للمحكمة بأن توافق بالرغم من ذلك على الإحالة، شريطة:

(أ) أن يواصل ممثل الإعسار العقد؛

(ب) أن يكون المحال إليه قادرا على أداء الالتزامات التعاقدية التي تحال إليه؛

(ج) ألاّ تتسبب الإحالة في غبن كبير للطرف المقابل؛

(د) أن يعالَج إخلال المدين بشروط العقد قبل الإحالة.

٨٥- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما يحال العقد، يحلّ المحال إليه محلّ المدين بصفته الطرف المتعاقد اعتبارا من تاريخ الإحالة ولا تتحمل الحوزة أي مسؤولية إضافية بموجب العقد.

العقود اللاحقة لبدء الإجراءات (الفقرة ١٤٧)

٨٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ العقود المبرمة بعد بدء إجراءات الإعسار هي التزامات للحوزة لاحقة لبدء الإجراءات. وينبغي دفع المطالبات الناشئة عن تلك العقود بصفتها نفقات إدارية.

واو- إجراءات الإبطال

١- مقدّمة

١٤٨- قد تبدأ إجراءات الإعسار (التصفية وإعادة التنظيم على السواء) في وقت متأخر جدا بعد أن يدرك المدين للمرة الأولى تعذُّر إبطال ذلك. وفي تلك الفترة الفاصلة، قد تكون هناك فرص كبيرة للمدين لمحاولة إخفاء موجودات عن الدائنين، أو تكبُّد التزامات مصطنعة، أو منح الأقارب والأصدقاء هبات أو هدايا ، أو السداد لدائنين دون غيرهم. وقد تكون هناك

أيضا فرص متاحة للدائنين لاستهلال دعوى استراتيجية لكي يضعوا أنفسهم في موضع مؤات. وبوجه عام، يترتب عن هذه الأنشطة، من منظور إجراءات الإعسار في آخر الأمر، غبن للدائنين العاديين غير المضمونين الذين ليسوا أطرافا في تلك الدعاوى ولا يتمتعون بحماية مصلحة ضمانية.

١٤٩– والقصد من استعمال كلمة "المعاملة" في هذا الباب هو الإشارة بوجه عام إلى الطائفة الواسعة من الأفعال القانونية التي يمكن بواسطتها التصرُّف في الموجودات أو تكبّد التزامات مالية، ومن بينها الإحالة أو السداد أو الإثقال برهون أو الضمانة أو القرض أو الإفراج، وهي قد تشمل أيضا مجموعة مركَّبة من هذه المعاملات.

١٥٠– ويتضمّن العديد من قوانين الإعسار أحكاما تنطبق بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ معيّن (كتاريخ تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو تاريخ بدء الإجراءات فعلا) لفترة زمنية معيّنة (كثيرا ما يشار إليها بعبارة فترة "الاشتباه") وتهدف إلى إسقاط المعاملات الماضية التي كان المدين المعسر طرفا فيها أو التي شملت موجودات المدين عندما تكون لها آثار معيّنة. وتشمل هذه الآثار تخفيض صافي قيمة منشأة المدين (على سبيل المثال، بإهداء موجوداتها أو بإحالة الموجودات أو بيعها بثمن أقل من قيمتها التجارية العادلة)؛ أو بإبطال مبدأ المشاطرة المتساوية بين الدائنين ممن هم في المرتبة ذاتها (على سبيل المثال، بتسديد دين إلى دائن معيّن غير مضمون أو منح دائن غير مضمون مصلحة ضمانية لولاها لظل غير مضمون، بينما يظل غيره من الدائنين غير المضمونين دون سداد وغير مضمونين). ويتناول العديد من القوانين غير قوانين الإعسار هذه الأنواع من المعاملات بصفتها معاملات ضارة بالدائنين خارج إطار الإعسار. وفي بعض الحالات، يكون ممثل الإعسار قادرا على استعمال قوانين غير قوانين الإعسار بالإضافة إلى أحكام قانون الإعسار.

١٥١– وثمة مبدأ مقبول عموما في قانون الإعسار وهو أنّ الدعوى الجماعية أنجع في زيادة قيمة الموجودات المتاحة للدائنين إلى أقصى حد مقارنة بنظام يترك للدائنين حرية السعي إلى الحصول على سبل انتصاف فردية، وأنّ الدعوى الجماعية تقتضي معاملة جميع الدائنين المتكافئين معاملة متساوية. والغرض من الأحكام الخاصة بصلاحيات الإبطال هو دعم تلك الأهداف الجماعية، وضمان حصول الدائنين على توزيع عادل لموجودات المدين المعسر وفقا للأولويات المقررة، والمحافظة على سلامة حوزة الإعسار. وقد تنطوي أحكام الإبطال أيضا على أثر رادع لثني الدائنين عن السعي إلى سبل انتصاف فردية في الفترة المفضية إلى الإعسار إذا أدركوا أنّ هذه المساعي قد تُنقض أو تُبطَل آثارها عند بدء الإجراءات. وتصبح المعاملات عادة قابلة للإبطال في سياق الإعسار من أجل منع الاحتيال (على سبيل المثال،

المعاملات التي تهدف إلى إخفاء الموجودات لكي ينتفع بها المدين في وقت لاحق أو لكي ينتفع بها كبار الموظفين في المنشأة المدينة أو أصحابها أو مديريها)؛ ودعم إنفاذ حقوق الدائنين عموما؛ وضمان معاملة جميع الدائنين على قدم المساواة بمنع المحاباة التي يعامل بها المدين بعض الدائنين بتفضيلهم على غيرهم؛ ومنع الخسارة المفاجئة في القيمة من كيان المنشأة قبل فرض إشراف في إطار إجراءات الإعسار؛ وإنشاء إطار، في بعض الدول، يشجّع على إجراء تسوية خارج إطار المحكمة، إذ يعلم الدائنون أنّ ما يتم في آخر لحظة من معاملات بشأن الموجودات أو من حجز لها يمكن إبطاله وبالتالي فإنّهم سيعملون على الأرجح مع المدينين للوصول إلى تسويات عملية بدون تدخُّل المحكمة.

١٥٢- ويمكن أن تكون أحكام الإبطال هامة لقانون الإعسار، ليس لأن السياسة التي تستند إليها سليمة فحسب، بل لأنها قد تسفر أيضا عن استرداد الموجودات أو قيمتها لصالح الدائنين بوجه عام، ولأن أحكاما من هذا النوع تساعد على إنشاء مدوَّنة لقواعد السلوك التجاري المستقيم، تكون جزءا من المعايير المناسبة لإدارة الكيانات التجارية. وينبغي أن يلاحظ، في سياق الإعسار عبر الحدود، أنّ الولايات القضائية التي لا تنص قوانين الإعسار فيها على إبطال أنواع معيّنة من المعاملات يمكن أن تواجه صعوبات فيما يتعلق بالاعتراف بالإجراءات والتعاون مع المحاكم والمسؤولين عن الإعسار في الولايات القضائية التي تكون فيها تلك المعاملات خاضعة للإبطال.

١٥٣- وعلى الرغم من الأساس المنطقي المقبول عموما لأحكام الإبطال، من المهم ألا يغيب عن الأذهان أنّ كثيرا من المعاملات التي قد تخضع للإبطال في الإعسار عادية ومقبولة تماما عندما تحدث خارج ذلك الإطار، لكنها لا تصبح مشبوهة إلا عندما تحدث في وقت قريب من بدء إجراءات الإعسار. ولا يُقصد بصلاحيات الإبطال أن تحل محل وسائل أخرى متاحة في القانون المدني العام أو القانون التجاري لحماية مصالح الدائنين أو أن تؤثر في تلك الوسائل.

١٥٤- وثمة كثير من النقاش حول قواعد الإبطال، وفي المقام الأول حول مفعولها في الممارسة والقواعد العشوائية نوعا ما التي هي ضرورية لتحديد الفترات الزمنية ذات الصلة وأنواع المعاملات التي يجوز إبطالها، مثلا. فكما هو الحال فيما يتعلق بعدد من أحكام قانون الإعسار الأساسية، يقتضي صوغ أحكام الإبطال التوصل إلى توازن بين استحقاقات اجتماعية متنافسة كتحقيق توازن، مثلا، بين الحاجة إلى صلاحيات قوية من أجل زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد لصالح جميع الدائنين من جهة، واحتمال إضعاف القدرة على التنبؤ والتيقُّن فيما يخص العقد من الجهة الأخرى. وهو قد يقتضي أيضا إيجاد توازن بين معايير

الإبطال التي يمكن إثباتها بسهولة وتؤدي إلى إبطال عدد من المعاملات، ومعايير الإبطال الأضيق التي يصعب إثباتها ولكنها أكثر انحصارا من حيث عدد المعاملات التي يمكن إبطالها بنجاح. وفي سبيل التقليل إلى أدنى حد من الآثار السلبية التي يُحتمل أن تترتب على صلاحيات الإبطال وتصيب إمكانية التنبؤ واليقين فيما يخص العقد، من المستصوب أن تكون فئات المعاملات المزمع إبطالها (بغض النظر عما إذا كانت محدّدة تحديدا واسعا أم ضيقا) وممارسة صلاحيات الإبطال خاضعة لمعايير واضحة تكفل التأكد من المخاطر التجارية.

١٥٥- ويتطلب اتخاذ قرار ببدء إجراءات الإبطال أو عدم بدئها، فيما يخص معاملة معيّنة، تقدير عدد من الإعتبارات المختلفة. ففيما يتعلق بدعاوى إعادة الموجودات إلى حوزة الإعسار، تشمل هذه الإعتبارات تقدير ما إذا كان إبطال المعاملة سيعود بالنفع على الحوزة (من ذلك مثلا الحالات التي يمكن أن تؤدي فيها دعوى الإبطال إلى عرقلة اقتراحات إعادة التنظيم، خاصة عندما يستطيع الدائنون إقامة تلك الدعوى دون موافقة ممثل الإعسار)؛ وتكلفة دعوى الإبطال التي يحتمل أن تتكبدها الحوزة؛ واحتمال استعادة القيمة لصالح الحوزة؛ وحالات التأخر الممكنة في استعادتها؛ والصعوبات المرتبطة بإثبات العناصر اللازمة لإبطال معاملة معيّنة.

٢- معايير الإبطال

١٥٦- تختلف النهُج المتّبعة إزاء إرساء معايير لدعاوى الإبطال اختلافا كبيرا فيما بين قوانين الإعسار من حيث المعايير المحدّدة وكيفية الجمع بينها في كل قانون. أمّا المعايير المحدّدة، فيمكن تصنيفها بشكل عام في فئتي المعايير الموضوعية والمعايير الذاتية.

(أ) المعايير الموضوعية

١٥٧- يركّز أحد النهُج على الاعتماد على معايير موضوعية معمّمة لتحديد ما إذا كانت المعاملات قابلة للإبطال. والسؤال المطروح، على سبيل المثال، هو ما إذا كانت المعاملة قد حدثت في غضون فترة الإشتباه أم أنها تكشفت عن أي سمة من عدد من السمات العامة المبيّنة في القانون (مثلا، ما إذا كانت قد قُدِّرت قيمة مناسبة للموجودات المحالة أو للالتزام المتكبد، أو ما إذا كان الدَّين مستحقا أو الالتزام قد حان موعد أدائه، أو ما إذا كانت هناك علاقة خاصة بين طرفي المعاملة). ومع أنّ هذه المعايير المعمّمة قد يكون تطبيقها أسهل من تطبيق المعايير التي تعتمد على إثبات ما، كإثبات القصد، فإنّها يمكن أن تؤدي إلى نتائج

عشوائية أيضا في حالة الاعتماد عليها وحدها. ومن ثم، قد تُبطَل معاملات مشروعة ومفيدة تحدث ضمن فترة الإشتباه، بينما تحظى بالحماية بعض المعاملات الاحتيالية أو التفضيلية التي تحدث خارج تلك الفترة.

(ب) المعايير الذاتية

١٥٨- يشدّد نهج آخر على معايير ذاتية خاصة بكل حالة على حدة، ومنها على سبيل المثال ما إذا كانت هنالك أدلة على نيّة إخفاء موجودات عن الدائنين، وما إذا كان المدين معسرا عندما حدثت المعاملة أم أصبح معسرا بسببها، وما إذا كانت المعاملة مجحفة فيما يتعلق ببعض الدائنين، وما إذا كان الطرف المقابل على علم بأن المدين كان معسرا عندما حصلت المعاملة أو بأنه سيصبح معسرا بسببها. وقد يستوجب هذا النهج الإفرادي النظر بالتفصيل في نية أطراف المعاملة وفي عوامل أخرى كظروف المدين المالية عند حصول المعاملة، وأثر المعاملة المالي في موجودات المدين وما قد يشكّل سياق العمل المعتاد بين المدين ودائنين معيّنين.

(ج) الجمع بين عناصر مختلفة

١٥٩- يعتمد عدد قليل جدا من قوانين الإعسار على المعايير الذاتية فقط لكي تشكّل أساس أحكام الإبطال؛ وهي تُقرَن عموما بالفترات الزمنية التي لا بد أن تكون المعاملات قد حدثت في غضونها. وفي بعض الدول، أدى الاعتماد الشديد على المعايير الذاتية إلى منازعات كثيرة وإلى فرض تكاليف باهظة على حوزات الإعسار. وتجنبا لهذه التكاليف، اعتمدت بعض القوانين مؤخرا نهجا موضوعيا بحتا بتحديد فترة اشتباه قصيرة، تتراوح بين ثلاثة وأربعة شهور مثلا، تُقرَن في بعض الحالات بقاعدة عشوائية تنص على أنّ جميع المعاملات التي تحدث في غضون تلك الفترة تكون مشبوهة ما لم يتزامن معها تقريبا تبادل قيمة بين أطراف المعاملة. وبالإضافة إلى ذلك يجوز استخدام فترة الاشتباه القصيرة لتكوين افتراض بالنية أو المعرفة اللازمة، لا سيما بخصوص الإعسار، من جانب المدين أو الطرف المقابل أو الاثنين معا، وهو افتراض يمكن الطعن فيه بتقديم الأدلة المناسبة.

١٦٠- ويعتمد بعض القوانين نهجا ذا درجتين يدمج الفترة القصيرة التي تُبطَل فيها كل المعاملات ولا تتاح فيها للدائنين وسائل للدفاع مع فترة أطول يجب فيها إثبات عناصر إضافية معيّنة. فالقانون يجوز له أن يبيّن أنّ نوعا معيّنا من المعاملات يحدث، مثلا، في غضون فترة ستة شهور قبل بدء الإجراءات يُبطَل دون أن يُشترَط على ممثل الإعسار أن يثبت أيّ

شيء سوى أنها معاملة بحسب تعريفها لأغراض التشريع، وأنها حدثت في غضون الفترة الزمنية المحدّدة، ولا تتاح للطرف المقابل وسائل للدفاع بشأنها. أمّا فيما يخص المعاملات التي تحدث مثلا في غضون فترة سنة واحدة، فيشترط على ممثل الإعسار أن يثبت أنّ المعاملة لم تكن في سياق العمل المعتاد وأنها انطوت على أثر معيّن، كإنشائها أفضلية مثلا. ويجب على الطرف المقابل أن يبيّن أنّ لديه وسيلة دفاع ذات صلة لكي يمنع المطالبة. ولكن، وكما هو الشأن فيما يخص المعايير الذاتية، فإنّ الإعتماد كثيرا على المعايير الموضوعية يمكن أن يُحدث أيضا نتائج سلبية. فقد أظهرت التجربة في عدة دول أنه، عندما تُبطَل أنواع معيّنة من المعاملات آليا أو بسهولة بموجب قانون الإعسار، يستطيع ممثل الإعسار إبطال كل معاملة تحدث في غضون فترة الاشتباه دون القيام بأي تحليل أو حساب فردي للتكلفة أو المنفعة التي يُحتمل أن تنتج عن استرداد القيمة لصالح الدائنين عموما. وعلاوة على ذلك، يمكن أن يفضي هذا النهج إلى إبطال معاملات تجارية "نزيهة" أساسا وأن يفرض على فرادى الدائنين ما يترتب على الطعن في دعاوى الإبطال من عبء ونفقات.

١٦١– ويجمع عدد من قوانين الإعسار أيضا بين هذه النهُج المختلفة من أجل معالجة أنواع مختلفة من المعاملات. فعلى سبيل المثال، يمكن تحديد المعاملات التفضيلية والمعاملات المنقوصة القيمة بالرجوع إلى معايير موضوعية، بينما تُحدَّد المعاملات الرامية إلى الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم بالرجوع إلى مسائل تتعلق بنيّة المدين والطرف المقابل على السواء. وينص أحد قوانين الإعسار الذي يعتمد توليفة من هذه العناصر، مثلا، على أنّ معاملات كالهدايا أو منح مصلحة ضمانية على الديون القائمة والمدفوعات غير الاعتيادية (التي لم تسدَّد بواسطة وسائل الدفع الاعتيادية أو قبل أجل سدادها) يمكن إبطالها عندما تكون قد تمت في غضون ثلاثة أشهر قبل بدء الإجراءات. ويمكن إبطال معاملات أخرى إذا كان المدين معسرا وقت حدوث المعاملة وإذا كانت المعاملة غير نزيهة أو غير سليمة فيما يتعلق بمجموعة من الدائنين وإذا كان الطرف المقابل يعلم أنّ المدين كان معسرا وقت حدوث المعاملة.

١٦٢– وأيًّا كانت المعايير المستعملة، ينبغي أن تحاول قوانين الإعسار تحقيق توازن بين مصالح فرادى الدائنين ومصالح الحوزة التي تتصادف، من حيث استرداد الموجودات بواسطة دعاوى الإبطال، مع مصالح كل الدائنين الجماعية. وبينما يمكن أن يبدو هذا، في أبسط أشكاله، قرارا بشأن الطرف الذي ينبغي أن تفرَض عليه تكاليف الطعن في دعوى إبطال، فإنّ هناك عوامل أخرى ينبغي أخذها في الحسبان. ومن أهم هذه العوامل تمويل دعاوى الإبطال. فالمعايير التي تشترط إقامة الدليل على توفّر عدد من العناصر حتى تُكلَّل دعوى الإبطال بالنجاح تقتضي أن يبدأ ممثل الإعسار إجراءات قضائية بشأن كل معاملة يرغب في

إبطالها، مع ما يمكن أن يمثِّله ذلك من نفقات كبرى تتكبدها الحوزة دون أن يكون هناك ضمان بجني عائد. وفي الولايات القضائية التي تتبع هذا النهج، يشكّل الافتقار إلى التمويل سببا رئيسيا في عدم رفع دعاوى إبطال. غير أن هناك نهجا مختلفا تصبح بمقتضاه كل المعاملات التي تحصل في غضون الفترة المحدّدة مشبوهة آليا، وهو لا يقتضي استعمال موجودات الحوزة أو أموال أخرى. وثمة عوامل أخرى ذات صلة بتحديد المعايير تشمل وسائل الدفاع المتاحة للدائنين المقامة عليهم دعوى إبطال والواجبات التي توضع على عاتق ممثل الإعسار. فبعض قوانين الإعسار، مثلا، تثني عن إساءة استعمال أحكام الإبطال بفرض واجبات معيّنة على ممثل الإعسار. ويمكن أن تكون اللوائح التنظيمية المهنية ذات صلة أيضا، وكذلك قدرة المحكمة على أن تأمر ممثل الإعسار بتحمل النفقات عندما يُخلَص إلى أن محاولة دعوى الإبطال لم يكن لها ما يبررها أو أنها تسببت في تكاليف غير ضرورية.

١٦٣- وأيّا كان النهج المتّبع، من المستصوب جدا أن يوفّر قانون الإعسار اليقين لكل الأطراف من خلال معايير إبطال واضحة المعالم، تشمل العناصر التي سيكون من الضروري على ممثل الإعسار إثباتها ووسائل الدفاع المتاحة للدائنين.

(د) سياق العمل المعتاد

١٦٤- تستعمل قوانين إعسار كثيرة مفهوم "سياق العمل المعتاد" في تحديد معاييرها الخاصة بالإبطال، بحيث يمكن إبطال دفع مبالغ استثنائية مثلما ذُكر آنفا. وهذا المفهوم له صلة أوسع بنظام الإعسار لأنه قد يستخدم أيضا، على سبيل المثال، في التمييز بين ممارسة صلاحيات متعلقة باستخدام الموجودات والتصرف فيها أثناء إجراءات الإعسار في "سياق العمل المعتاد" وفي ظروف أخرى، سواء بشأن من يجوز له ممارسة تلك الصلاحيات وكذلك بشأن تدابير الحماية المطلوبة (انظر الفقرتين ٧٥ و٧٦، أعلاه).

١٦٥- وتعرِّف الدول "سياق العمل المعتاد" بالتركيز بدرجات متباينة على عناصر مختلفة. بيد أن الغرض المشترك من التعريف في معظم الولايات القضائية هو تحديد ما يشكّل تسيير العمل على نحو اعتيادي ويسمح للمنشأة بأن تدفع، أو تواصل دفع، مبالغ مالية بشكل اعتيادي وأن تبرم عقودا اعتيادية، دون إخضاع تلك المعاملات لاحتمال إبطالها في سياق الإعسار. ويمكن أن تشمل تلك المدفوعات الاعتيادية دفع الإيجار وقيمة منافع كالكهرباء والهاتف، وربما دفع ثمن توريدات تجارية أيضا.

١٦٦- ومن أجل تحديد ما يشكّل "سياق العمل المعتاد" فيما يخص مدينا بعينه، تركّز بعض القوانين على السلوك الذي كان يسلكه المدين والأطراف التي يتعامل معها، مركزة في ذلك على عناصر من علاقتهم كأسلوب التوريد أو الدفع وكمّيتهما وانتظامهما. وفي هذه الحالة، فإنّ أي حيد عن العقد أو العرف أو ما قد يعتبر ممارسة عادية بين الأطراف، كالدفع بوسائل غير عادية، سيعتبر تصرفا خارج "سياق العمل المعتاد". ويركّز نهج آخر على نية أحد الطرفين أو كليهما، ويستفسر عما إذا كان الدائن على علم، أو كان يجب أن يكون على علم، بوضع المدين المالي، أو ما إذا كان المدين ينوي تفضيل دائن واحد على الآخرين.

١٦٧- ويقوم نهج آخر على تطبيق معايير تستند إلى الصناعة المألوفة، أو حتى إلى الممارسة التجارية العامة، على شروط المعاملة والظروف التي أبرمت فيها. وثمة قوانين أخرى تعتبر أي مدفوعات تتجاوز نسبة مئوية معيّنة من قيمة موجودات المدين أمرا استثنائيا.

١٦٨- ومن المهم أن يقيم اختبار "سياق العمل المعتاد" توازنا بين المرونة، من أجل عدم وضع قيود لا لزوم لها على التطورات المستجدّة في الممارسة التجارية، واشتراط اليقين الذي هو اشتراط له الغلبة.

(هـ) وسائل الدفاع

١٦٩- عندما ينص قانون الإعسار على إتاحة وسائل دفاع لفرادى الأطراف المقابلة في مواجهة دعوى إبطال، قد تنطوي تلك الوسائل على إمكانية إضعاف نجاعة أحكام الإبطال. فوسائل الدفاع التي تنطوي على عناصر قد تكون موضع خلاف، ومنها مثلا ما إذا كانت المعاملة قد حدثت في سياق العمل المعتاد، أو ما إذا كان الطرف المقابل قد تصرّف بحسن نية، أو تلك التي تنطوي على علم الطرف المقابل أو احتمال علمه، يمكن أن تولّد عدم اليقين لدى جميع الأطراف وهي تقتضي قرارا من المحكمة. وقد تزايد احتمال حدوث عدم اليقين هذا باعتماد المحكمة تفسيرا واسعا لوسائل الدفاع لصالح الأطراف المقابلة. وقد يكون ممثلو الإعسار راغبين عن استخدام أحكام الإبطال كأداة فعالة في الإعسار، سواء بسبب التكاليف المترتبة عليها أو لأن الإجراءات غير فعالة ولا يمكن التنبؤ بها. وهذه الصعوبات المحتملة تؤكد استصواب أن يعتمد قانون الإعسار معايير بشأن الإبطال ووسائل دفاع إزاءها تكون واضحة ويمكن التنبؤ بها وكفيلة بأن تمكّن جميع الأطراف من تقدير المخاطر المحتملة وتفادي النزاعات، كأن يعتمد مثلا معايير موضوعية تركز على أثر المعاملات أو نتيجتها بدلا من التركيز على نية الأطراف. وعندما تُدرج عناصر مثل "سياق العمل المعتاد"، ينبغي تعريفها وتحديدها بصورة واضحة في قانون الإعسار.

٣- أنواع المعاملات القابلة للإبطال

١٧٠- بالرغم من الاختلافات في تعريف المعاملات القابلة للإبطال، ثمة ثلاثة أنواع من هذه المعاملات معروفة عموما، وهذه المعاملات هي توجد في معظم النظم القانونية وتستعمل في هذا الدليل التشريعي كأساس للمناقشة. وهذه المعاملات هي المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم في تحصيل مطالباتهم؛ والمعاملات المنقوصة القيمة؛ والمعاملات مع دائنين معيّنين التي يمكن اعتبارها معاملات تفضيلية. وقد تكون لبعض المعاملات سمات تتسم بها أكثر من فئة واحدة من هذه الفئات المختلفة، وهذا يتوقف على الظروف الخاصة بكل معاملة. فعلى سبيل المثال، قد تكون المعاملات التي تبدو تفضيلية ذات طابع أقرب إلى المعاملات التي يقصد بها الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم عندما يكون الغرض من المعاملة وضع الموجودات بعيدا عن متناول الدائن أو الدائن المحتمل[٤٢] أو إلحاق ضرر بمصالح ذلك الدائن بشكل آخر وتحدث المعاملة عندما يكون المدين عاجزا عن سداد ديونه عندما تصبح مستحقة الدفع أو عندما يَتركون مع المدين موجودات غير كافية لتسيير أعماله. كذلك، فإنّ المعاملات المنقوصة القيمة يمكن أن تكون أيضا تفضيلية عندما تشمل الدائنين، لكنها لا تكون كذلك عندما تشمل أطرافا ثالثة، وعندما تكون هناك نية واضحة لعرقلة الدائنين أو الاحتيال عليهم أو تأخيرهم، فهي تندرج ضمن الفئة الأولى من المعاملات. وفي مثل هذه الحالات، قد يكون ممثل الإعسار قادرا على أن يختار الفئة التي سيتم في إطارها إبطال معاملة معيّنة، ويستفيد بالتالي من تنويعات الإشتراطات المتعلقة بالإثبات وفترات الإشتباه المنطبقة عادة.

١٧١- وبغية تحقيق أكبر قدر من الوضوح واليقين وتجنب حصول تداخل لا لزوم له، من المستصوب أن يحدّد قانون الإعسار، عند تعيين فئات المعاملات التي ستخضع لأحكام الإبطال، السمات الخاصة للمعاملة (بما فيها أثر المعاملة)، التي تعتبر أساسية لإبطالها، بدلا من الاعتماد على صفات أعم كأن توصف مثلا بأنها "احتيالية" أو "تفضيلية".

(42) يمكن أن يكون الدائن المحتمل طرفا لم يكن دائنا وقت حدوث المعاملة القابلة للإبطال، ولكنه كان على وشك أن يصبح دائنا من خلال التفاوض مع المدين على اتفاق إقراض، مثلا. وقد يكون المدين أحال موجودات بغية تجنب إخضاعها لذلك الإتفاق.

(أ) المعاملات التي يقصد بها الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم

١٧٢– إنّ المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم تشمل إحالة المدين موجودات إلى أي طرف ثالث بنيّة إبعادها عن متناول الدائنين. والأثر المترتب على هذه المعاملات هو، بوجه عام، غبن كل الدائنين غير المضمونين. وهذه المعاملات بصورة عامة لا يمكن إبطالها آليا بالرجوع إلى اختبار موضوعي يتمثل في حدوث المعاملات أثناء فترة زمنية محدّدة، وذلك بسبب ضرورة إثبات نية المدين. وقلّما يتسنى إثبات تلك النيّة بأدلة مباشرة، وإنما بتبيّن الظروف المشتركة بين هذه الأنواع من المعاملات. ومع أن هذه الظروف تختلف باختلاف الولايات القضائية، فإنّ هنالك عددا من المؤشرات المشتركة، منها ما يلي:

(أ) العلاقة بين أطراف المعاملة، عندما تكون المعاملة قد جرت مع شخص ذي صلة مباشرة أو عن طريق طرف ثالث له علاقة بشخص ذي صلة؛ أو

(ب) النقص أو عدم الكفاية في القيمة المحصّلة من المعاملة؛ أو

(ج) وضع المدين المالي قبل إبرام المعاملة وبعده، خصوصا إذا كان المدين معسرا آنذاك أو أصبح معسرا نتيجة لحدوث المعاملة؛ أو

(د) وجود نمط أو مجموعة من المعاملات التي تحال فيها بعض موجودات المدين أو موجوداته كلها أساسا، وذلك بعد بدء الصعوبات المالية أو التهديد من الدائنين برفع دعوى؛ أو

(هـ) التسلسل الزمني العام للأحداث والمعاملات التي هي موضع التحري، مثلا عندما تكون المعاملة قد حدثت بُعَيد تحمّل دين ضخم؛ أو

(و) إخفاء المدين للمعاملة، خصوصا عندما لا تكون قد أبرمت في سياق العمل المعتاد، أو تكون قد شملت أطرافا وهمية؛ أو

(ز) تواري المدين.

١٧٣– ويحدّد بعض القوانين أيضا الظروف أو أنواع المعاملات التي يُعتبر فيها أنّ القصد أو سوء النيّة المشترط توفرهما موجودين أو يمكن افتراض أنهما موجودين، وذلك مثلا فيما يتعلق بالمعاملات التي تشمل أشخاصا ذوي صلة وتحدث في غضون فترة زمنية محدّدة قبل

بدء الإجراءات (ترد مناقشة أكثر تفصيلا في الفقرات ١٨٢-١٨٤، أدناه). وبموجب قوانين أخرى، قد يكون كافيا لإبطال المعاملة أن يكون بإمكان المدين، وبالتالي أن يكون عليه، أن يدرك أن أثر المعاملة، إن لم يكن القصد منها، هو غبن الدائنين، وأن يكون بإمكان المستفيد، وبالتالي أن يكون عليه، أن يدرك أنّ فعل المدين يمكن أن يحدث ذلك الأثر. وينص بعض القوانين أيضا على أنّ بعض الإحالات، ومنها تحويل ملكية الأرض، ستكون معفاة من الإبطال بموجب هذه الفئة من المعاملات إذا كانت الإحالة قد تمت بنيّة حسنة وبقيمة جيدة إلى شخص لم يتلقَّ إشعارا أو لم يكن على علم بأيّ نية للاحتيال على الدائنين.

(ب) المعاملات المنقوصة القيمة

'١' المعايير

١٧٤- قد يلجأ المدين المحتاج إلى نقود إلى بيع الموجودات بسرعة بسعر أقل بكثير من القيمة الحقيقية بغية تحقيق نتيجة سريعة دون أن تكون لديه أي نية للاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم. بيد أنّ هذا قد يؤدي إلى تخفيض واضح في قيمة الموجودات المتاحة للدائنين في سياق الإعسار. ولهذه الأسباب، يركّز العديد من قوانين الإعسار على تبادل القيمة في المعاملة. فالمعاملات تكون عموما قابلة للإبطال عندما تكون القيمة التي يحصل عليها المدين نتيجة للمعاملة مع طرف ثالث إما إسمية أو منعدمة، كأن تكون هدية مثلا، وإما أقل بكثير من القيمة الحقيقية أو السعر السوقي، إذا كانت المعاملة قد حدثت في غضون فترة الاشتباه. وتقتضي قوانين أخرى أيضا إثباتا بأنّ للمعاملة أثرا فاجعا على المدين، كأن تتركه مثلا في وضع لا يملك فيه سوى رأس مال ضئيل بقدر غير معقول نتيجة للمعاملة، أو تجعله معسرا عند حدوثها، أو يصبح معسرا بسببها. وتشمل هذه المعاملات المنقوصة القيمة المعاملات المبرمة مع الدائنين والأطراف الثالثة على السواء.

١٧٥- وثمة سؤال مهم بشأن هذه الأنواع من المعاملات، وهو يتعلق بما يشكّل "قيمة منقوصة" بما فيه الكفاية لأغراض الإبطال، وكيفية تقرير ذلك. وفي العديد من الدول، تترك هذه المسألة للمحاكم لكي تقرّرها بالرجوع إلى معايير مثل القيمة المعقولة أو القيمة السوقية السائدة عند حدوث المعاملة، وذلك استنادا إلى أدلة مستقاة من مصادر خبيرة مناسبة. وعندما يمكن أن تكون المبالغ ذات الصلة في معاملة ما غير مؤكدة، هناك نهج يمكن اتباعه لمساعدة المحكمة، وهو أن يوفّر لها ممثل الإعسار تقديرا لتلك المبالغ يمكن للطرف المقابل في المعاملة الاعتراض عليه بتقديم أدلة إضافية. ويجوز أيضا إعطاء المحكمة صلاحية لتحديد أسلوب لتقرير القيمة بدلا من أن يكون عليها بالضرورة أن تتولى هي ذاتها تقرير تلك

القيمة. وبالنظر إلى الصعوبات التي يمكن مواجهتها في إثبات انتقاص القيمة، فقد يكون من الأسهل في بعض الولايات القضائية إبطال المعاملة على أساس الأثر التفضيلي إذا أبرمت في وقت كان فيه المدين عاجزا عن دفع ديونه المستحقة. وفضلا عن ذلك، يفترض بعض القوانين أنّ تقاضي ثمن أقل من الثمن النزيه، أو عدم تقاضي أي ثمن، هو دليل على أنّ القصد من المعاملة هو الاحتيال على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم.

'٢' وسائل الدفاع

١٧٦– ينص بعض قوانين الإعسار على أنّ هذه الأنواع من المعاملات لن تُبطَل إذا استوفت شروطا معيّنة منها على سبيل المثال أنّ المستفيد تصرّف بنيّة حسنة، وأنّ المعاملة تمت بغرض مواصلة أعمال المدين، وأنه كانت هنالك أسباب معقولة للاعتقاد بأنّ المعاملة ستكون في صالح السير المعتاد لأعمال المدين.

(ج) المعاملات التفضيلية

'١' المعايير

١٧٧–يمكن إخضاع المعاملات التفضيلية للإبطال في الحالات التالية: (أ) عندما تكون المعاملة قد حدثت في فترة الاشتباه المحدّدة؛ و(ب) عندما تشمل المعاملة إحالة إلى دائن بسبب وجود دين سابق؛ و(ج) عندما يتلقى الدائن، نتيجة للمعاملة، نسبة مئوية من مطالبته من موجودات المدين أكبر من تلك التي يتلقاها دائنون آخرون من المرتبة أو الفئة ذاتها (بعبارة أخرى، عندما يحظى بمعاملة تفضيلية). وتشترط قوانين إعسار عديدة أيضا أن يكون المدين معسرا أو على وشك أن يصبح معسرا عندما تحدث المعاملة، وتشترط قوانين أخرى وجود نية لدى المدين لإيجاد معاملة تفضيلية. والتعليل المنطقي لإدراج هذه الأنواع من المعاملات ضمن نطاق أحكام الإبطال هو أنّ من المرجّح أن تكون هناك حالة إعسار عندما تحدث هذه المعاملات في وقت قريب جدا من بدء الإجراءات، وهي تخل بالهدف الأساسي المتمثل في معاملة الدائنين المتكافئين في الوضع على قدم المساواة، وذلك بإعطاء دائن في فئة ما أكثر مما كان يستحق الحصول عليه بشكل قانوني.

١٧٨– ومن أمثلة المعاملات التفضيلية سداد أو مقاصة الديون غير المستحقة بعد؛ وأداء أفعال ليس المدين ملزما بأدائها؛ وتوفير مصلحة ضمانية ضمانا للديون القائمة غير المضمونة؛ والوسائل غير المعتادة لسداد الديون المستحقة، ومنها مثلا عدم السداد نقدا وإنما بطرائق

أخرى؛ وسداد دين كبير مقارنة بموجودات المدين؛ وفي بعض الظروف، سداد ديون استجابة لضغط شديد من الدائن، كالمقاضاة أو الحجز مع أنّ أساس ذلك الضغط مشكوك فيه. ويمكن أن تعتبر المقاصة، وإن لم تكن قابلة للإبطال في حد ذاتها، ضارة عندما تحدث في غضون فترة وجيزة قبل تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار، ولها أثر تغيير ميزان الدين بين الأطراف بحيث تُنشئ تفضيلا، أو عندما تشمل إحالة المطالبات بين الدائنين من أجل تكوين مقاصات. ويمكن أن تخضع المقاصة أيضا للإبطال عندما تحدث في ظروف غير سليمة من الناحية القانونية، ومنها مثلا عندما لا يكون هناك عقد بين الأطراف في المقاصة.

'٢' وسائل الدفاع

١٧٩- يمكن أن تتمثل إحدى وسائل الدفاع في مواجهة الزعم بوجود معاملة تفضيلية في إظهار أنّ المعاملة، وإن كانت تتضمّن عناصر معاملة تفضيلية، فهي متسقة في الحقيقة مع الممارسة التجارية العادية، وبوجه خاص مع سياق العمل المعتاد بين أطراف المعاملة. فالدفع الذي يتم عند تَسلُّم بضائع تُسلَّم ويُدفع ثمنها بانتظام، على سبيل المثال، لا يمكن اعتباره معاملة تفضيلية حتى إذا حدث في وقت قريب من بدء إجراءات الإعسار. ذلك أنّ هذا النهج يشجّع مورِّدي السلع والخدمات على مواصلة ممارسة أعمال تجارية مع مدين قد تكون له مشاكل مالية، لكنّ احتمالات بقائه ما زالت قائمة. وتشمل وسائل الدفاع الأخرى المتاحة بموجب قوانين الإعسار أن يكون الطرف المقابل قد قدَّم قرضا ائتمانيا إلى المدين بعد المعاملة وأنّ هذا القرض الائتماني لم يسدّد (يكون الدفاع هنا مقصورا على مبلغ القرض الائتماني الجديد)؛ أو أنّ الطرف المقابل أضاف قيمة جديدة لم يحصل على مصلحة ضمانية بشأنها؛ أو أنّ الطرف المقابل يستطيع إثبات عدم علمه بأنّ ذلك سيُنشئ معاملة تفضيلية؛ أو أنّ الطرف المقابل لم يكن يعلم، أو لم يكن بإمكانه أن يعلم، أنّ المدين كان معسرا عند حدوث المعاملة؛ أو أنّ موجودات المدين تجاوزت التزاماته وقت المعاملة. وتشكو بعض وسائل الدفاع الأخيرة، وخاصة تلك التي تخص نية أطراف المعاملة، من العيب المتمثل في أنّ من الصعب إثبات تلك النية وهي يمكن أن تجعل إجراءات الإبطال معقّدة ومطوّلة ولا يمكن التنبؤ بها.

(د) المصالح الضمانية

١٨٠- مع أنّ المصالح الضمانية السارية والقابلة للإنفاذ بمقتضى القوانين التي تجيز منح مصلحة ضمانية ينبغي أن تُعتبر بوجه عام صحيحة بمقتضى قانون الإعسار، فإنّه يجوز مع ذلك إبطالها في إجراءات الإعسار استنادا إلى الأسس ذاتها التي يُستند إليها في الطعن في أي

معاملة أخرى وإبطالها. والغرض من هذا النهج هو منع المدين العاجز عن سداد ديونه من رهن الموجودات إلا إذا كانت المصلحة الضمانية الموفّرة تخص الأموال الجديدة المسلّفة. وفي غير هذه الحالة، ليست الموجودات المرهونة متاحة للدائنين عموما، وهي تستتبع فرض قيود على استخدام المدين لتلك الموجودات. ويجوز إبطال معاملة تمنح مصلحة ضمانية استنادا إلى أنها معاملة تمت بنية الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلتهم، أو أنها معاملة تفضيلية أو منقوصة القيمة. وهي، في حالات كثيرة، معاملة تفضيلية لأنها تشمل دائنا قائما. ويمكن أن تشمل أمثلة المعاملات التفضيلية منح مصلحة ضمانية قُبَيل بدء الإجراءات، فهذا وإن كان صحيحا عادة يمكن أن يتبيّن أنه قد انطوى على محاباة دائن معيّن على نحو غير منصف للآخرين؛ ومنح مصلحة ضمانية ضمانا لدين سابق أو على أساس اعتبار سابق (وهذا مسموح به في بعض النظم القانونية خلافا لغيرها)؛ والسداد إلى دائن مضمون إذا كان الدائن المضمون منقوص الضمانة وتلقى سدادا كاملا في غضون فترة الاشتباه. وعندما يُمنَح دائن جديد مصلحة ضمانية، قد لا تكون المعاملة تفضيلية ضمن معنى تلك الفئة من المعاملات ولكن يجوز أن تشملها فئة أخرى. وثمة أمثلة لقوانين تتضمّن أحكاما تعالج بالتحديد إبطال معاملات من هذا القبيل، لا سيما في سياق المصالح الضمانية لصالح المديرين (وهي يمكن أن تشملها أيضا الأحكام بشأن المعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة)، حيث تنطبق معايير مختلفة فيما يتعلق بتوفير القيمة وبفترة الاشتباه.

١٨١- ويجوز أن تنطبق أحكام الإبطال أيضا على مصلحة ضمانية لم يُطبَّق سريانها على الأطراف الثالثة بموجب قانون المعاملات المضمونة، كما لم يُطبَّق سريانها، بموجب قوانين أخرى، على المصلحة الضمانية التي أصبحت سارية في غضون فترة زمنية قصيرة قبل بدء الإجراءات، وكذلك على الإحالة من عائدات موجودات مرهونة إلى دائن مضمون، عندما تكون المعاملة التي أنشأت المصلحة الضمانية موصومة.

(هـ) المعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة

١٨٢- مثلما ذكر آنفا، يتمثل أحد المعايير ذات الصلة بإبطال معاملات معيّنة في العلاقة بين المدين والطرف المقابل. فعندما تشمل أنواع المعاملات القابلة للإبطال أشخاصا ذوي صلة (يشار إليهم أحيانا بعبارة الأشخاص المرتبطين أو المطلعين على الأمور)، كثيرا ما توفّر قوانين الإعسار قواعد أشد صرامة، خصوصا فيما يتعلق بمدة فترات الاشتباه ومعاملة أي مطالبة من جانب الشخص ذي الصلة (انظر الفقرة ٤٨ من الفصل الخامس)، بالإضافة إلى الافتراضات أو أعباء الإثبات المنقولة (انظر الفقرات ١٩٩-٢٠١، أدناه) من أجل تيسير

إجراءات الإبطال والاستغناء عن الاشتراطات القاضية بأن يكون المدين معسرا وقت المعاملة أو يكون قد أصبح معسرا نتيجة لها. ويمكن تبرير النص على نظام أشد صرامة بأن هذه الأطراف هي التي ستحظى على الأرجح بمعاملة تفضيلية وهي أول من يعلم على الأرجح بالوقت الذي يشكو فيه المدين فعلا من صعوبة مالية.

١٨٣- وبوجه عام، يُعرَّف الأشخاص ذوو الصلة وفقا لمستويات مختلفة من صلتهم بالمدين. وتعتبر معظم الولايات القضائية الأشخاص الذين يمتّون للمدين بشكل من أشكال العلاقة الأسرية أو المؤسسية أشخاصا ذوي صلة. أما النهج التشريعي المتّبع فهو عادة وليس دائما ما يكون توجيهيا. ففيما يتعلق بالأشخاص الذين لهم شكل ما من الشراكة التجارية مع المدين، من شأن اعتماد نهج ضيق أن يركّز على مديري المنشأة المدينة أو إدارتها، بينما قد لا يقتصر اعتماد تعريف أوسع على الذين لهم سيطرة فعلية على المنشأة المدينة، وإنما يمكن أن يشمل جميع العاملين في المنشأة المدينة وضامني ديون أي شخص له صلة تجارية بالمنشأة المدينة. كذلك، فإنّ العلاقة الأسرية يمكن تعريفها بأنها تشمل الأقارب من صلة الدم أو الزواج أو حتى، في بعض القوانين، الأشخاص الذين يعيشون في بيت المدين وكذلك أمناء أي عهدة أمانة يكون المدين أو شخص ذو صلة بالمدين هو المستفيد منها. كما إنّ أقارب الأشخاص الذين لهم شراكة تجارية مع المدين يعتبرون عادة أشخاصا ذوي صلة. وثمة عنصر هام في ولايات قضائية عديدة يتمثل في إدراج من كانت لهم علاقة محدّدة بالمدين في الماضي أو قد تكون لهم علاقة محدّدة به في المستقبل في عداد الأشخاص ذوي الصلة.

١٨٤- وعندما يكون المدين شخصا طبيعيا، قد تكون هناك تشريعات أخرى ذات صلة (كالتشريعات المتعلقة بالممتلكات الزوجية)، وهي قد تؤثر في سريان قانون الإعسار من حيث المعاملات التي يمكن إبطالها، وذلك مثلا باستكمال أو تقييد أحكام الإبطال في قانون الإعسار. ومن المستصوب مساوقة هذه القوانين مع قانون الإعسار، والإشارة بوضوح في قانون الإعسار إلى أي أثر يمكن أن يلحق به.

٤- المعاملات المعفاة من إجراءات الإبطال

١٨٥- قد يكون من المستصوب أن يتضمّن قانون الإعسار إعفاءات محدّدة من إعمال صلاحيات الإبطال فيما يتعلق بأنواع معيّنة من المعاملات. فالمعاملات التي هي أساسية لعمل الأسواق المالية، ومنها مثلا المعاوضة الإقفالية للأوراق المالية والعقود الثانوية (انظر الفقرات ٢٠٨-٢١٥ من الفصل الثاني، أدناه) هي من أمثلة المعاملات التي ينبغي إعفاؤها من إعمال

أحكام الإبطال. ويمكن ذكر مثال آخر وهو المعاملات التي تحدث أثناء تنفيذ خطة لإعادة التنظيم، عندما يخفق تنفيذ الخطة وتُحوَّل الإجراءات بالتالي إلى تصفية.

٥– أثر الإبطال: المعاملات الباطلة أو القابلة للإبطال

١٨٦–عندما تندرج معاملة ضمن أي من فئات المعاملات الخاضعة للإبطال، فإنّ قوانين الإعسار إما تجعلها باطلة آليا أو تجعلها قابلة للإبطال، وهذا يتوقف على الاختبار المعتمد فيما يتعلق بكل فئة من المعاملات. فعلى سبيل المثال، فإنّ القوانين التي لا تشير إلا إلى المعاملات التي تحدث في غضون فترة زمنية ثابتة معيّنة ولا تشمل معايير ذاتية، تنص بشكل محدّد أحيانا على أنّ المعاملات ذات الصلة باطلة. ولكن، حتى عندما يعتمد ذلك النهج، قد يضطر ممثل الإعسار إلى بدء إجراءات لاسترداد الموجودات أو القيمة التي تعادلها من الطرف المقابل عندما لا يعيد الطرف المقابل الموجودات أو لا يدفع ثمنا مقابل قيمتها.

١٨٧–وفي القوانين التي تنص على أنّ المعاملة قابلة للإبطال، يُشترط على ممثل الإعسار أن يقرّر ما إذا كان إبطال المعاملة سيفيد الحوزة، وذلك مع مراعاة عناصر كل فئة من فئات المعاملات القابلة للإبطال وكذلك التأخر الذي يمكن أن يحصل في استرداد الموجودات المعنيّة أو قيمة الموجودات وتكاليف التقاضي المحتملة. وتكون تلك الصلاحية التقديرية بشكل عام خاضعة لالتزام ممثل الإعسار بزيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد، وهو قد يكون، بموجب بعض القوانين، مسؤولا عن عدم قيامه بذلك.

٦– إرساء فترة الاشتباه

١٨٨–يُحدّد معظم قوانين الإعسار صراحة مدة فترة الاشتباه بالإشارة إلى أنواع معيّنة من المعاملات المزمع إبطالها، كما تذكر تلك القوانين التاريخ الذي تحسب الفترة اعتبارا منه بأثر رجعي. فهي، على سبيل المثال، عدد من الأيام أو الأشهر التي تسبق حدثا معيّنا أو تاريخا معيّنا كتاريخ تقديم طلب لبدء الإجراءات أو التاريخ الفعلي الذي بدأت فيه إجراءات الإعسار أو التاريخ الذي تقرّر المحكمة أنه التاريخ الذي توقف فيه المدين عن سداد ديونه بالشكل الاعتيادي ("التوقُّف عن السداد"). ويتوقّف الحدث أو التاريخ المحدّد بموجب القانون على سمات أخرى لتصميم نظام الإعسار، منها اشتراطات البدء، بما في ذلك ما إذا كان هناك احتمال حصول تأخر بين تقديم الطلب وبدء إجراءات الإعسار. فمثلا، إذا كان البدء يتطلب عادة عدة أشهر بعد تقديم الطلب وكانت فترة الاشتباه فترة ثابتة تعود إلى

التاريخ الفعلي الذي بدأت فيه الإجراءات، استخدمت عندئذ عدة أشهر من تلك الفترة لتغطية فترة التأخر بين الطلب والبدء، مما يحدّ من احتمالات نفاذ صلاحية الإبطال. ولكن، إذا كانت الإجراءات تبدأ آليا عندما يقدّم طلب بشأنها، لم يحدث هذا التأخر. وبغية معالجة الحالات المنطوية على احتمال حصول تأخر، يمكن أن ينصّ قانون الإعسار على أنّ فترة الاشتباه تنطبق بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ تقديم الطلب وأن يعالج المعاملات التي تحدث في الفترة الفاصلة بين تقديم الطلب وبدء الإجراءات بتطبيق شروط أخرى، وذلك مثلا بالنظر فيما إذا كانت تلك المعاملات احتيالية أم أنها حدثت في سياق العمل المعتاد أو، عندما يعيَّن ممثل إعسار مؤقت، ما إذا كانت قد حصلت معاملات غير مرخص بها (انظر الفقرات ٧٠-٧٣، أعلاه). وعندما يكون بدء الإجراءات بُعَيد تقديم الطلب، يمكن أن تنطبق فترة الاشتباه بأثر رجعي اعتبارا من التاريخ الفعلي للبدء.

١٨٩- وينص بعض قوانين الإعسار على فترة اشتباه واحدة بشأن جميع أنواع المعاملات القابلة للإبطال، بينما تنص قوانين أخرى على فترات مختلفة حسب نوع المعاملة وما إذا كان المحال إليه من الأشخاص ذوي الصلة. وكما لوحظ أعلاه، توجد أيضا أمثلة لقوانين تعتمد النهج المتمثل في الجمع بين فترة اشتباه قصيرة تُبطَل آليا في غضونها أنواع معيّنة من المعاملات (ولا تتاح فيها أي وسيلة دفاع) وفترة اشتباه أطول تقتضي إثبات عناصر إضافية. ونظرا لأن بعض المعاملات تنطوي على سلوك خاطئ متعمّد، فإنّ العديد من قوانين الإعسار لا تحصر الفترة الزمنية التي يجب أن تكون قد حدثت فيها هذه الأنواع من المعاملات كشرط لإبطالها. وترسي قوانين إعسار أخرى أجلا بعيدا جدا (من عام واحد إلى عشرة أعوام) تحسب بشأنه فترة الاشتباه بصفة عامة اعتبارا من تاريخ بدء الإجراءات. وباستثناء المعاملات التي تنطوي على سلوك خاطئ متعمّد، من المستصوب جدا أن تكون فترات الاشتباه قصيرة بشكل معقول حرصا على ضمان اليقين التجاري والتقليل من أيّ أثر سلبي يمكن أن تُلحِقه أحكام الإبطال بتوافر الائتمان وتكلفته.

١٩٠- وعندما تشمل المعاملات التفضيلية والمعاملات المنقوصة القيمة دائنين ليسوا من الأشخاص ذوي الصلة، يمكن أن تكون فترة الاشتباه وجيزة نسبيا قد لا تزيد على عدة أشهر (تتراوح مثلا بين ثلاثة وستة أشهر). ولكن، يمكن تطبيق قواعد أشد صرامة كما يمكن أن تكون فترات الاشتباه أطول عندما تشمل المعاملات أشخاصا من ذوي الصلة (فهي يمكن أن تدوم مثلا عامين مقارنة بالفترة المتراوحة بين ثلاثة وستة أشهر والمنطبقة على المعاملات التي لا تشمل أشخاصا من ذوي الصلة). أمّا المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال

على الدائنين أو عرقلتهم أو تأخيرهم، فيمكن النص بشأنها على فترة اشتباه أطول، كأن تتراوح مثلا بين عام وعامين.

١٩١– وهناك مسألة لها علاقة بهذا الموضوع وهي ما إذا كان يمكن أن تمدّد المحكمة فترات الاشتباه المنصوص عليها في قانون الإعسار في حالات مناسبة منها مثلا عندما تكون معاملات حدثت خارج فترات الاشتباه المحدّدة، في ظروف مشكوك فيها، قد أدّت إلى الانتقاص من الحوزة. ومع أنّ اتباع نهج تقديري يمكن أن يتيح قدرا من المرونة فيما يتعلق بالمعاملات التي يفترض أن تشملها أحكام الإبطال، فهو يمكن أن يؤدي أيضا إلى التأخر في الإجراءات ولا يمنح الدائنين مؤشرا شفافا أو يمكنهم التنبؤ به بشأن المعاملات التي يُرجح إبطالها. وإذا كان من الممكن حل المعاملات التي حدثت في وقت ما غير محدّد قبل بدء إجراءات الإعسار ورهنا بتقدير المحكمة، فمن المرجح أن يكون الأمان أقل في المعاملات التجارية والمالية. ولهذه الأسباب، من المستصوب أن يكون تمديد فترة الاشتباه مقصورا على المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال أو عرقلة الإجراءات أو تأخيرها، عندما تكون مسائل اليقين التجاري أقل أهمية.

٧– تسيير إجراءات الإبطال

(أ) الأطراف التي يجوز لها بدء الإجراءات

١٩٢– يتطلب إبطال معاملة معيّنة بشكل عام تقديم طلب إلى المحكمة لإعلان بطلان المعاملة، وتعتمد قوانين الإعسار نُهجا متنوعة إزاء الطرف الذي يجوز له بدء إجراءات الإبطال. والعديد من هذه القوانين، اعترافا منها بالدور الأساسي الذي يؤديه ممثل الإعسار في إدارة الحوزة، تنص على أن إجراءات إبطال معاملات محدّدة ينبغي أن يتولاها ممثل الإعسار، مع أنّ بعض القوانين تشترط أن يحصل ممثل الإعسار على موافقة الدائنين أو أغلبيتهم قبل بدء أي إجراء . وتوجد أيضا قوانين تسمح للدائنين (أو للجنة الدائنين في بعض الحالات) ببدء إجراءات الإعسار، وبعضها يقصر الحق في البدء على الدائنين الذين يكون دَينهم سابقا زمنيا للمعاملة المطعون فيها. وبعض القوانين التي تسمح للدائنين ببدء الإجراءات تشترط الحصول مسبقا على موافقة ممثل الإعسار. وإذا رئي من المستصوب السماح بذلك في قانون الإعسار، فإنّ اشتراط الحصول على موافقة ممثل الإعسار يكفل علمه بما يقترحه الدائنون ويتيح له الفرصة لرفض السماح لهم بذلك، متفاديا إلحاق أي أثر سلبي بإدارة الحوزة من جرّاء إجراءات الإبطال.

١٩٣- وعندما يُشترط الحصول على موافقة ممثل الإعسار ولا يُحصل عليها، يسمح بعض قوانين الإعسار للدائن بالتماس موافقة المحكمة على بدء إجراءات الإبطال. ويحق لممثل الإعسار أن تسمعه المحكمة في أي جلسة تعقد استجابة للالتماس، لكي يشرح السبب الذي يدفعه إلى الاعتقاد بأنه ينبغي عدم السماح ببدء الإجراءات. وفي تلك الجلسة، قد تأذن المحكمة ببدء إجراءات الإبطال، أو قد تقرر الاستماع إلى القضية على أساس وقائعها الموضوعية. ويمكن أن يصلح هذا النهج في التقليل من احتمالات حصول أي تعاملات بين مختلف الأطراف. وعندما يُسمح بدعاوى الإبطال التي تكون بمبادرة من الدائن، يشترط بعض القوانين أن يدفع الدائنون تكاليف تلك الإجراءات، أو هي تسمح بفرض جزاءات عليهم لثنيهم عن احتمال إساءة استخدام إجراءات الإبطال.

١٩٤- وعندما تكون لممثل الإعسار الصلاحية الوحيدة لبدء إجراءات الإبطال ويقرّر عدم بدء الإجراءات بشأن معاملات معينة، استنادا إلى موازنة الاعتبارات التي نوقشت أعلاه (أي لأسباب أخرى غير الإهمال أو سوء النيّة أو الإغفال)[٤٣]، تعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة إزاء تسيير تلك الإجراءات وتمويلها. ويمكن أن تكون طريقة تمويلها ذات أهمية خاصة عندما لا تكون في حوزة الإعسار موجودات كافية لذلك (ينافَش موضوع التمويل مرة أخرى أدناه). أمّا فيما يتعلق بتسيير تلك الإجراءات، فإنّ بعض القوانين تسمح للدائن أو للجنة الدائنين بمطالبة ممثل الإعسار ببدء إجراءات من أجل إبطال تلك المعاملات عندما يتبيّن أنّ القيام بذلك هو في صالح الحوزة، أو تسمح للدائن نفسه أو للجنة الدائنين ببدء الإجراءات من أجل إبطال تلك المعاملات، عندما يوافق الدائنون الآخرون على ذلك.

١٩٥- وعندما يُسمح للدائنين ببدء إجراءات الإبطال، إمّا على قدم المساواة مع ممثل الإعسار أو بسبب قرار ممثل الإعسار عدم بدء تلك الإجراءات، فإنّ قوانين الإعسار تعتمد نُهُجا مختلفة إزاء الموجودات أو القيمة المستردّة. والنهج الأشيع هو معاملة الدائن للموجودات أو القيمة المستردّة على أنها جزء من الحوزة استنادا إلى أن المبرر الرئيسي لإجراءات الإبطال هو استرداد قيمة أو موجودات للحوزة لما فيه منفعة الدائنين كافة وليس الغرض توفير منفعة للدائنين فرادى. وتنص قوانين أخرى على أنّ ما يُستَرَدُّ، أيا كان، يمكن استخدامه في المقام الأول لتلبية مطالبة الدائن الذي بدأ الإجراءات، أو لتعديل أولوية مطالبة الدائن الذي باشر تلك الإجراءات.

(43) انظر الفقرات ٤٩-٥٢ من الفصل الثالث، بشأن واجبات ممثل الإعسار ومهامه.

(ب) تمويل إجراءات الإبطال

١٩٦– يظلّ عدم توافر الأموال للطعن في المعاملات التي يمكن إبطالها أثقل قيد على فعالية أحكام الإبطال في عدد من الدول. وقد اعتمدت نُهُج مختلفة إزاء مسألة التمويل. فبعض الدول تضع الأموال العمومية تحت تصرف ممثل الإعسار لكي يبدأ إجراءات الإبطال، في حين أنّ غيرها من الدول يشترط تمويل تلك الإجراءات من حوزة الإعسار. وهذا النهج الأخير قد يكون مناسبا عندما تكون هناك أموال كافية، لكنه في بعض الظروف سيحول دون استرداد الموجودات التي كانت قد نقلت من الحوزة بقصد محدّد وهو ترك موجودات قليلة في الحوزة لكي يُموّل منها استردادها من خلال إجراء الإبطال. ويُجيز بعض قوانين الإعسار لممثل الإعسار إحالة إمكانية بدء الإجراءات بشأن القيمة إلى طرف ثالث، أو مفاتحة مقرض لتسليف أموال بغية استخدامها في بدء إجراء الإبطال. وثمة تفاوت كبير وواضح بين البلدان في توافر الموارد العمومية لتمويل إجراءات الإبطال، وهو يمكن أن يبرر استخدام بعض هذه الآليات البديلة. فعندما يتعذّر تمويل إجراءات الإبطال من حوزة الإعسار، يمكن أن توفّر هذه النهُج البديلة، في الأوضاع المناسبة، وسيلة ناجعة لاستعادة القيمة إلى الحوزة ولتفادي إساءة الاستخدام وللتحري في السلوك غير السوي ولتعزيز الحكم السديد.

(ج) الحدود الزمنية لبدء إجراءات الإعسار

١٩٧– يُحدّد بعض قوانين الإعسار فترات زمنية معيّنة ينبغي بدء إجراءات الإبطال في غضونها، بينما لا ترد في قوانين أخرى أي إشارة إلى هذه المسألة. والقوانين التي تحدّد فترات زمنية فعلا تنص مثلا على أنه ينبغي بدء الإجراءات في غضون فترة زمنية محدّدة بعد تاريخ بدء إجراءات الإعسار (خلال ثلاثة أشهر أو اثني عشر شهرا، مثلا) أو في أجل لا يتعدى فترة محدّدة (ستة أشهر مثلا) بعد تمكّن ممثل الإعسار من الكشف عن المطالبات وتقييمها وتقديمها. وإذا كان لا بد لقانون الإعسار من أن يحدّد فترات زمنية معيّنة، بدلا من الاعتماد على تلك المنطبقة بمقتضى قانون غير قانون الإعسار، فإنّ من المستصوب اتباع نهج يجمع بين فترات مختلفة، منها مثلا فترة زمنية ثابتة بعد بدء الإجراءات وفترة زمنية ثابتة بعد كشف ممثل الإعسار عن المعاملة. فمن شأن هذا النهج أن يتيح مرونة كافية لتناول المعاملات التي هي مخفاة عن ممثل الإعسار والتي لا تُكتشَف إلاّ بعد انقضاء الفترة الزمنية المحدّدة. وأيّا كان النهج المعتمد، من المستصوب أن تكون الفترة الزمنية وجيزة نسبيا، مثلما هو وارد في الأمثلة التي سبق ذكرها، بغية تجنب عدم اليقين وضمان تسيير إجراءات الإعسار بسرعة.

(د) استيفاء معايير الإبطال

١٩٨- تعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة إزاء تحديد العناصر التي يجب إثباتها من أجل إبطال معاملة معيّنة. ويتوقف النَّهج المعتمد على الموازنة بين تعطيل المعاملات المجحفة أو الضارة ماليا لحوزة الإعسار، من جهة، وحماية المعاملات التجارية التي لا تعتبر جائرة أو ضارة خارج سياق الإعسار، من الجهة الأخرى. وأيّا كان النهج الذي يعتمده قانون الإعسار إزاء استيفاء معايير الإبطال، من المستصوب جدا أن يبيّن القانون بدقة ما على كل طرف إثباته من تلك المعايير، حتى يتضح ما هو مطلوب من ممثل الإعسار عند سعيه إلى إبطال معاملة معيّنة وما هو مطلوب من الطرف المقابل الذي يسعى إلى الدفاع عن المعاملة من الإبطال.

١٩٩- وفي بعض القوانين، يقع على المدين عبء إثبات أنّ المعاملة لا تندرج ضمن أي فئة من فئات المعاملات القابلة للإبطال وأنها، مثلا، معاملة تندرج في سياق العمل المعتاد. وتنص قوانين إعسار أخرى على أنه يُشترَط على ممثل الإعسار أو شخص آخر مسموح له بالطعن في المعاملة، كالدائن مثلا، أن يثبت أنها تستوفي شروط الإبطال. وعندما تشمل هذه العناصر عنصر النية، يصبح من الصعب جدا إثبات ذلك في كثير من الأحيان، وغالبا ما يخسر الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات. ومن أجل التغلب على هذه الصعوبة، يسمح بعض القوانين بتحويل عبء الإثبات إلى الطرف المقابل، وذلك مثلا عندما يكون من الصعب على ممثل الإعسار أن يثبت أنّ نية المدين الفعلية كانت الاحتيال على الدائنين إلا عن طريق دلائل خارجية أو مظاهر موضوعية أو أدلة استنتاجية أخرى على تلك النيّة. غير أنّ عجز المدين عن تقديم توضيح مقنعٍ للغرض التجاري من معاملة معيّنة انتقصت من قيمة الحوزة يمكن أن يدل من الناحية العملية على توفّر عنصر النيّة المطلوب.

٢٠٠- ويذهب نهج آخر إلى أن القصد أو سوء النيّة المشترطين يعتبران موجودين أو يفترض أنهما موجودان عندما تتم أنواع معينة من المعاملات في غضون فترة الاشتباه ويقع على الطرف المقابل في المعاملة عبء إثبات ما هو خلاف ذلك. ويمكن أن تشمل أنواع المعاملات هذه، مثلا، المعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة، وسداد الديون غير المستحقة، وسداد معاملات مجانية أو مرهقة. وثمة نهج آخر مفاده أنه عند حدوث معاملة معيّنة في غضون فترة الاشتباه وكان من آثارها مثلا منح معاملة تفضيلية، ينشأ إدعاء يمكن دحضه فيما يتعلق بنيّة التفضيل. وما لم يستطع الطرف المقابل دحض ذلك الإدعاء، تُبطَل المعاملة، ويستطيع ممثل الإعسار استرداد الموجودات التي شملتها المعاملة أو استصدار حكم بالحصول على قيمتها.

٢٠١–وعندما يكون علم الطرف المقابل بإعسار المدين عنصرا مُشترَطا للإبطال، تنص بعض قوانين الإعسار على افتراض أنّ الطرف المقابل كان على علم بسوء وضع المدين المالي، إذا كانت للمعاملة المبرمة مع ذلك الشخص خصائص معيّنة. ويمكن أن يكون من بين هذه الخصائص أنّ السداد كان بشأن دين غير مستحق بعدُ أو أنه تم بطريقة غير عادية، أو أنّ المعاملة حصلت في غضون فترة قصيرة قبل تقديم طلب لبدء الإجراءات أو قبل بدء إجراءات الإعسار.

٨– مسؤولية الأطراف المقابلة في المعاملات المبطَلة

٢٠٢–عند إبطال معاملة ما، تنشأ مسألة تتعلق بأثر الإبطال في الطرف المقابل. ففي معظم قوانين الإعسار، ينتج عن إبطال المعاملة فسخها، ويُشترط على الطرف المقابل إرجاع الموجودات التي حصل عليها أو سداد ما يعادل قيمة المعاملة نقدا لحوزة الإعسار. وينص بعض قوانين الإعسار على أنه يمكن إصدار حكم لصالح ممثل الإعسار بمقدار قيمة الممتلكات التي شملتها المعاملة. كما ينص بعض قوانين الإعسار على أنّ الطرف المقابل الذي أعاد الموجودات أو القيمة إلى الحوزة يجوز له أن يقدّم مطالبة بصفته دائنا غير مضمون في الإعسار، بقدر الموجودات التي أعادها، في حال وجود معاملة تفضيلية، وبقدر الثمن المدفوع في معاملة منقوصة القيمة. وعندما لا يعيد الطرف المقابل الموجودات أو لا يعيد القيمة إلى حوزة الإعسار، فإنّ معظم سبل الانتصاف متاحة في قانون غير قانون الإعسار. غير أنّ بعض قوانين الإعسار تنص، إلى جانب إبطال المعاملة، على عدم جواز الاعتراف في الإعسار بمطالبة مقدّمة من الطرف المقابل (بشأن مبالغ مستحقة إضافة إلى المبالغ التي شملتها المعاملة القابلة للإبطال).

٩– تحويل إعادة التنظيم إلى تصفية

٢٠٣–قد يلزم، عند تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى إجراءات تصفية، إيلاء اعتبار لأثر ذلك التحويل في ممارسة صلاحيات الإبطال بشأن الأموال المدفوعة أثناء إجراءات إعادة التنظيم وتوقيت فترة الاشتباه.

التوصيات ٨٧-٩٩

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من أحكام الإبطال هو:

(أ) إعادة إرساء سلامة الحوزة وضمان معاملة الدائنين معاملة عادلة؛

(ب) توفير اليقين للأطراف الثالثة بوضع قواعد واضحة بشأن الظروف التي يمكن أن توصف فيها معاملات جرت قبل بدء إجراءات الإعسار وتشمل المدين أو ممتلكاته بأنها معاملات ضارة وأنها بالتالي قابلة للإبطال؛

(ج) إتاحة بدء إجراءات من أجل إبطال تلك المعاملات؛

(د) تيسير استرداد الأموال أو الموجودات من الأشخاص المشاركين في المعاملات التي أُبطلت.

مضمون الأحكام التشريعية

المعاملات القابلة للإبطال[٤٤] (الفقرات ١٧٠-١٧٩)

٨٧- ينبغي أن يتضمّن قانون الإعسار أحكاما تنطبق بأثر رجعي ويكون الغرض منها هو إبطال معاملات شملت المدين أو موجودات الحوزة وترتَّب عليها إمّا إنقاص قيمة الحوزة أو إبطال مبدأ معاملة الدائنين معاملة عادلة؛ وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أنواع المعاملات التالية بصفتها قابلة للإبطال:

(أ) المعاملات التي يُقصد بها الاحتيال على الدائنين أو تأخيرهم أو عرقلة قدرتهم على تحصيل المطالبات عندما يكون الغرض منها وضع الموجودات بعيدا عن متناول الدائنين أو الدائنين المحتملين أو الإضرار بمصالح الدائنين بطريقة أخرى؛

(44) القصد من استعمال كلمة "المعاملة" في هذا الباب هو الإشارة بوجه عام إلى الطائفة الواسعة من المراسيم القانونية التي يمكن بواسطتها التصرف في الموجودات أو تحمّل التزامات، بما في ذلك عن طريق الإحالة أو السداد أو منح مصلحة ضمانية أو كفالة أو قرض أو تنازل أو عن طريق إجراء يرمي إلى إنفاذ مصلحة ضمانية إزاء أطراف ثالثة، وهي قد تشمل سلسلة معاملات مركَّبة.

(ب) المعاملات التي تكون فيها الإحالة التي يقوم بها المدين بشأن مصلحة في الممتلكات أو الالتزام الذي يتحمّله عبارة عن هدية أو مقابل قيمة إسمية أو قيمة أقل من القيمة المكافئة أو قيمة غير كافية، وتكون قد تمت عندما كان المدين معسرا أو أصبح معسرا نتيجة لها (المعاملات المنقوصة القيمة)؛

(ج) المعاملات التي شملت دائنين وحصل فيها أحدهم على أكثر من نصيبه النسبي من موجودات المدين، أو على منفعة إضافية، وتمت عندما كان المدين معسرا (المعاملات التفضيلية).

المصالح الضمانية (الفقرة ١٨٠)

٨٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المصلحة الضمانية يجوز أن تخضع لأحكام الإبطال المنصوص عليها في قانون الإعسار على الأسس ذاتها السارية على المعاملات الأخرى، بالرغم من كونها سارية وواجبة النفاذ بموجب قانون غير قانون الإعسار.

تحديد فترة الاشتباه (الفقرات ١٨٨-١٩١)

٨٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المعاملات المذكورة في الفقرات الفرعية (أ) - (ج) من التوصية ٨٧ يجوز إبطالها إذا حدثت خلال فترة زمنية محددة (فترة الاشتباه) تُحسب بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ محدَّد يكون إمّا تاريخ تقديم طلب بدء إجراءات الإعسار أو تاريخ بدئها فعلا. ويجوز أن يحدّد قانون الإعسار فترات اشتباه مختلفة بشأن مختلف أنواع المعاملات.

المعاملات مع الأشخاص ذوي الصلة (الفقرات ١٨٢-١٨٤)

٩٠- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنّ فترة الاشتباه بشأن المعاملات القابلة للإبطال التي تشمل أشخاصا ذوي صلة هي أطول من تلك المنطبقة على المعاملات مع أشخاص من غير ذوي الصلة.

٩١- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار فئات الأشخاص الذين لديهم ارتباط كاف بالمدين لكي يعاملوا بصفتهم أشخاصا ذوي صلة.(٤٥)

المعاملات المعفاة من دعاوى الإبطال (الفقرة ١٨٥)

٩٢- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار المعاملات التي هي معفاة من الإبطال، بما فيها العقود المالية.

تسيير إجراءات الإبطال (الفقرات ١٩٢-١٩٥)

٩٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ لممثل الإعسار المسؤولية الرئيسية عن بدء إجراءات الإبطال.(٤٦) ويجوز أيضا أن يسمح قانون الإعسار لأي دائن ببدء إجراءات الإبطال بموافقة ممثل الإعسار، وأن يسمح لذلك الدائن بالتماس موافقة المحكمة على بدء تلك الإجراءات في حال عدم موافقة ممثل الإعسار على ذلك.

تمويل إجراءات الإبطال (الفقرة ١٩٦)

٩٤- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنّ تكاليف إجراءات الإبطال تُدفَع بصفتها نفقات إدارية.

٩٥- يجوز أن ينص قانون الإعسار على نُهُج بديلة لمعالجة مباشرة إجراءات الإبطال وتمويلها.

تحديد آجال زمنية لبدء إجراءات الإبطال (الفقرة ١٩٧)

٩٦- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار أو القانون الإجرائي المنطبق الفترة الزمنية التي يجوز في غضونها بدء إجراءات الإبطال. وينبغي أن يبدأ سريان تلك الفترة الزمنية عند بدء إجراءات الإعسار. وفيما يتعلق بالمعاملات المشار إليها في التوصية ٨٧، أي

---

(45) يرد تعريف التعبير "الشخص ذو الصلة" في مسرد المصطلحات (انظر الفقرة ١٢ (ي ي) من المقدّمة).

(46) المسائل ذات الصلة بالإبطال يمكن أن تنشأ أيضا في الإجراءات التي يبدأها شخص غير ممثل الإعسار، عندما يثير ممثل الإعسار الإبطال بواسطة الطعن في الإنفاذ.

المعاملات التي أخفيت ولا يُتوقع من ممثل الإعسار أن يكشف عنها، يجوز أن ينص قانون الإعسار على أنّ سريان الفترة الزمنية يبدأ عند كشف تلك المعاملات.

عناصر الإبطال ووسائل الدفاع (الفقرات ١٩٨-٢٠١)

٩٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار العناصر الواجب إثباتها من أجل إبطال معاملة معيّنة والطرف المسؤول عن إثبات تلك العناصر ووسائل الدفاع المحددة في مواجهة ذلك الإبطال. ويجوز أن تشمل وسائل الدفاع هذه كون المعاملة أبرمت في سياق العمل المعتاد قبل بدء إجراءات الإعسار. ويجوز أن يضع القانون أيضا افتراضات وأن يسمح بالقيام بتحويلات في عبء الإثبات من أجل تيسير إجراءات الإبطال.

مسؤولية الأطراف المقابلة في المعاملات المُبطلة (الفقرة ٢٠٢)

٩٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ على الطرف المقابل في معاملة أُبطلت أن يردَّ إلى الحوزة الموجودات التي حصل عليها أو، إذا قررت المحكمة ذلك، أن يدفع للحوزة نقدا ما يعادل قيمة تلك المعاملة. وينبغي أن يقرر قانون الإعسار ما إذا كان الطرف المقابل في معاملة مبطَلة ستتوفّر له مطالبة عادية غير مضمونة.

٩٩- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز عدم السماح للطرف المقابل بتقديم مطالبة، إذا لم يمتثل لأمر المحكمة القاضي بإبطال المعاملة، بالإضافة إلى الإبطال وأي إجراء انتصاف آخر.

زاي- حقوق المقاصة

٢٠٤- إنّ إنفاذ حقوق مقاصّة الالتزامات المتبادلة الناشئة عن معاملات المدين أو أنشطته السابقة لبدء الإجراءات، في إطار قانون الإعسار، مهمٌّ، لا لإمكانية التنبؤ تجاريا وتوافر الائتمان فحسب، بل لأنه يجنّب أيضا إساءة استخدام إجراءات الإعسار لأغراض استراتيجية. ومن المستصوب جدا، لهذه الأسباب، أن يوفّر قانون الإعسار الحماية اللازمة لحقوق المقاصّة.

٢٠٥-وفي معظم الولايات القضائية، لا تتأثر حقوق المقاصّة بوقف الإنفاذ في سياق الإعسار ويجوز ممارستها بعد بدء إجراءات الإعسار، بغض النظر عما إذا كانت الالتزامات المتبادلة ناشئة بموجب عقد واحد أو عدة عقود، وما إذا كانت هذه الالتزامات قد أصبحت مستحقة قبل بدء إجراءات الإعسار أو بعده. ويميِّز بعض الولايات القضائية بين الحالتين؛ إذ

هي تجيز المقاصّة بعد بدء إجراءات الإعسار بشأن الالتزامات التي أصبحت مستحقة قبل بدء تلك الإجراءات، بينما هي لا تجيز المقاصّة اللاحقة لبدء إجراءات الإعسار بشأن الالتزامات التي أصبحت مستحقة بعد بدء تلك الإجراءات أو تجيزها بصورة محدودة.

٢٠٦- وثمة نهج بديل وهو الحفاظ على حقوق المقاصّة بغض النظر عما إذا كانت الالتزامات المتبادلة قد أصبحت مستحقة قبل بدء إجراءات الإعسار أو بعده، ولكنّ الوقف ينطبق على ممارسة تلك الحقوق مثلما هو ينطبق على ممارسة حقوق الدائنين المضمونين. ففي النظم التي تتبع هذا النهج البديل، يعامل الدائن بصفته دائنا مضمونا في حدود حقوق المقاصّة الصحيحة التي هي خاصة به و لم تمارس، كما توفّر الحماية لتلك الحقوق على نحو شبيه بالحماية المتاحة للمصالح الضمانية.[٤٧]

٢٠٧- وتتضمّن قوانين الإعسار جميعها تقريبا أحكاما تسمح لممثل الإعسار بالسعي إلى إبطال آثار أفعال معيّنة سابقة لبدء الإجراءات يقوم بها الدائنون بهدف تعزيز حقوق المقاصّة (مثل شراء بعض المطالبات بخصم بقصد إنشاء حقوق مقاصّة)، وتختلف طبيعة هذه الأحكام ونطاقها.

التوصية ١٠٠

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالمقاصّة هو:

(أ) توفير اليقين فيما يتعلق بأثر بدء إجراءات الإعسار في ممارسة حقوق المقاصّة؛

(ب) تحديد أنواع الالتزامات التي تجوز فيها المقاصّة بعد بدء إجراءات الإعسار؛

(ج) تحديد أثر أحكام أخرى من القانون (مثل أحكام الإبطال والوقف) في ممارسة حقوق المقاصّة.

مضمون الأحكام التشريعية

١٠٠- ينبغي أن يحمي قانون الإعسار حق المقاصّة العام الذي ينص عليه قانون غير قانون الإعسار والذي كان قد نشأ قبل بدء إجراءات الإعسار، رهنا بانطباق أحكام الإبطال.

(47) انظر الفقرات ٥٩-٦٩، أعلاه.

حاء– العقود المالية والمعاوضة

٢٠٨– لقد أصبحت العقود المالية عنصرا هاما من أسواق رأس المال الدولية. فهي، بين أمور أخرى، تعزّز إمكانية توافر الائتمان وتشكل وسيلة هامة للتحوط من تقلبات سعر الصرف وسعر الفائدة وغيرها من تقلبات السوق. وبسبب الطريقة التي تُبنى وتوثَّق بها هذه المعاملات، لا بد من توفير اليقين بشأن ما يحدث عندما يتخلّف أحد الأطراف في هذه العقود عن الأداء، لأسباب منها الإعسار.

٢٠٩– وتشمل العقود المالية، فيما تشمله، عقود الأوراق المالية وعقود السلع الأساسية والعقود الآجلة والمعاملات الخيارية وعمليات المقايضة واتفاقات إعادة شراء الأوراق المالية واتفاقات المعاوضة الارتكازية وغير ذلك من العقود المماثلة. وكثيرا ما يبرم المدينون عقودا مالية متعدّدة مع طرف مقابل معيَّن في سياق عملية واحدة، وتتعزّز إمكانية توافر الائتمان إذا كانت الحقوق القائمة بمقتضى تلك العقود قابلة للإنفاذ بالكامل وفقا لشروطها، مما يسمح للأطراف المقابلة بتقديم الائتمان استنادا إلى صافي التعرض من حين إلى آخر بعدما تؤخذ في الحسبان قيمة جميع العقود "المفتوحة".

٢١٠– وعند بدء إجراءات الإعسار، تسعى الأطراف المقابلة إلى "إقفال" العقود المفتوحة و"معاوضة" جميع الالتزامات الناشئة بمقتضى العقود المالية مع المدين. وتشمل "المعاوضة الإقفالية" خطوتين: أولا، إنهاء جميع العقود المفتوحة نتيجة لبدء إجراءات الإعسار (الإقفال)؛ وثانيا، إجراء مقاصّة بشأن جميع الالتزامات الناشئة عن المعاملات المقفلة، على أساس إجمالي (المعاوضة).

٢١١– ويعتبر السماح بـ"المعاوضة الإقفالية" بعد بدء إجراءات الإعسار عاملا مهمّا في تخفيف المخاطر النُّظُمية التي يمكن أن تهدد استقرار الأسواق المالية. فقيمة العقد المالي ومقدار التعرّض في إطاره قد يتغيران تغيرا كبيرا من يوم إلى آخر (وأحيانا من ساعة إلى أخرى) تبعا للظروف في الأسواق المالية. ومن ثم، فإنّ قيمة هذه العقود يمكن أن تكون شديدة التقلب. وتعمد الأطراف المقابلة في العادة إلى التخفيف أو التحوّط من المخاطر المرتبطة بهذه العقود بإبرام عقد أو أكثر من العقود "المناظرة" أو "التحوّطية" مع أطراف ثالثة، وهي عقود تتقلب قيمتها تعاكسيا مع قيمة العقد المبرم مع المدين.[٤٨]

---

(48) تشمل الإشارة إلى "العقد" في هذا الباب إمكان وجود عقد واحد أو أكثر.

٢١٢- وسواء أأدّى المدين العقد الذي أبرمه مع الطرف المقابل أم لا، يتعيّن على الطرف المقابل أن يؤدي العقد التحوطي الذي يبرمه مع أطراف ثالثة. فإذا أصبح المدين معسرا و لم يستطع أداء ما ينص عليه عقده مع الطرف المقابل، أصبح ذلك الطرف المقابل معرّضا لتقلبات السوق لأن أوضاعه التحوطية لم تعد "مغطاة" بعقده مع المدين. وفي تلك الظروف، يسعى الطرف المقابل عادة إلى "تغطية" العقود التحوطية بإبرام عقد جديد أو أكثر، لكي يحد من تعرّضه لتقلبات السوق في المستقبل. بيد أن الطرف المقابل لا يستطيع التغطية بهذه الطريقة إلى أن يحدّد على وجه اليقين أنه لن يكون مطالبا بأداء عقده مع المدين. ويعتمد الطرف المقابل على القدرة على "إقفال" العقد مع المدين، الأمر الذي يسمح له "بتغطية" عقده فورا بعد بدء إجراءات الإعسار.

٢١٣- وبدون القدرة على إقفال الالتزامات ومعاوضتها ومقاصّتها فورا بعد بدء إجراءات الإعسار، فيما يتعلق بجميع العقود القاصرة الأداء، كما هو موضّح أعلاه، يمكن أن يؤدي عجز المدين عن أداء عقده (أو قراره أداءَ العقود المربحة وعدم أداء العقود غير المربحة) إلى عجز الطرف المقابل عن أداء عقوده المالية ذات الصلة مع مشاركين آخرين في السوق. فإعسار أحد المشاركين المهمين في السوق يمكن أن يفضي إلى سلسلة من حالات التقصير في أداء المعاملات المتبادلة التي تتم من خلال وسيط، مما يمكن أن يسبب ضنكا ماليا لمشاركين آخرين في السوق ويؤدي، في أسوأ الأحوال، إلى انهيار الأطراف المقابلة الأخرى ماليا، بما فيها المؤسسات المالية الخاضعة للرقابة التنظيمية. وهذا التأثير التعاقبي كثيرا ما يشار إليه بالمخاطرة النُّظُمية، ويورد باعتباره سببا سياساتيا مهمّا من أجل السماح للمشاركين بإقفال الإلتزامات ومعاوضتها ومقاصتها بطريقة لا يسمح بها قانون الإعسار عادة.

٢١٤- ويمكن أن تنشأ مخاطرة نُظُمية أيضا نتيجة القلق إزاء استكمال المدفوعات وتسوية العقود المالية التي تجرى في النظم المركزية للمدفوعات والتسويات. فهذه النظم تستخدم ترتيبات معاوضة ثنائية أو متعددة الأطراف. وينبغي أن تحظى معاوضة العقود المالية واستكمال المقاصّة والتسوية من خلال هذه النظم بالاعتراف والحماية عند إعسار أحد المشاركين في النظام من أجل منع حدوث مخاطرة نُظُمية.

٢١٥- وفي دول كثيرة، يسمح انطباق قواعد الإعسار العامة بأداء العقود المالية وفقا لشروطها، بعد بدء إجراءات الإعسار، بإعمال شروط إنهاء العقود التي تنطبق آليا عند حدوث الإعسار (انظر الفقرات ١١٤-١١٩ والتوصيتين ٧٠ و٧١، أعلاه) وبالسماح بمقاصّة الالتزامات، سواء أكانت المطالبة بسبب الإخلال تستند إلى شرط إنهاء آلي أم كانت ناشئة قبل بدء الإجراءات. وفي الولايات القضائية الأخرى التي لديها أحكام إعسار تحدّ من

أثر شروط الإنهاء الآلي أو توقف ممارسة حقوق المقاصّة وسبل انتصاف الدائنين الأخرى أو تقيّدها، يقتضي الأمر النص على استثناءات محددة في قوانينها الخاصة بالإعسار بغية السماح بالإنفاذ الكامل لسبل الانتصاف فيما يتعلق بالعقود المالية. ومن المستصوب أيضا أن توسَّع الاستثناءات لتشمل أحكام الإبطال التي قد تنطبق على العقود المالية ولتشمل أيضا أيّ تقييدات من شأنها أن تحدّ من مدى إمكان تطبيق الضمانة على التزامات العقود المالية غير الموفى بها، المتبقية بعد إتمام المقاصّة. وينبغي صوغ الاستثناءات بشأن العقود المالية صياغة واسعة بما فيه الكفاية لحماية المصالح الهامة للأطراف التي تتعامل في إطار العقود المالية وللوقاية من المخاطرة النُّظُمية.

التوصيات ١٠١–١٠٧

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام الخاصة بالمعاوضة والمقاصّة في سياق المعاملات المالية في الأسواق المالية هو تخفيض احتمال المخاطرة النُّظُمية التي يمكن أن تهدد استقرار الأسواق المالية، وذلك بتوفير اليقين فيما يتعلق بحقوق الأطراف في عقد مالي عندما يعجز أحد تلك الأطراف عن أداء العقد بسبب الإعسار. وليس المقصود بهذه التوصيات أن تنطبق على المعاملات التي هي ليست عقودا مالية، وهي تظل خاضعة للقانون المنطبق على المقاصّة والمعاوضة.

مضمون الأحكام التشريعية

١٠١– ينبغي أن يعترف قانون الإعسار بالحقوق في إنهاء العقود فيما يتصل بالعقود المالية التي تسمح بإنهاء تلك العقود وبالقيام فورا بعد بدء إجراءات الإعسار بمقاصّة ومعاوضة الإلتزامات التي لم يوفَ بها في إطار تلك العقود. وعندما ينص قانون الإعسار على وقف إنهاء العقود أو يضع تقييدات على قابلية نفاذ شروط الإنهاء الآلي عند بدء إجراءات الإعسار، فينبغي إعفاء العقود المالية من تلك التقييدات.[٤٩]

---

(49) من شأن ذلك أن يسمح للمشاركين في السوق بتقديم الائتمان على أساس "صافي" العقود وأن يجعل من المتعذّر على المدين "الانتقاء" بين العقود بأداء بعضها والإخلال ببعضها الآخر؛ وهذا أمر ذو أهمية خاصة فيما يتعلق بالعقود المالية بسبب المخاطر النُّظُمية.

١٠٢- حالما يُنهي الطرف المقابل عقود المدين المالية، ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للطرف المقابل بمعاوضة أو مقاصّة الالتزامات القائمة بمقتضى تلك العقود المالية التي أنهاها، من أجل تحديد وضع التعرّض الصافي فيما يتعلق بالمدين. وينبغي السماح بهذا الإنهاء وهذه المقاصّة الراميين إلى تحديد التعرّض الصافي بغض النظر عما إذا كان إنهاء العقود قد حدث قبل بدء إجراءات الإعسار أو بعده. وعندما يقيِّد قانون الإعسار أو يوقف ممارسة حقوق المقاصّة عند بدء إجراءات الإعسار، فينبغي إعفاء مقاصّة العقود المالية ومعاوضتها من تلك التقييدات.

١٠٣- حالما تُنهَى عقود المدين المالية، ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للأطراف المقابلة بإنفاذ مصالحها الضمانية وتطبيقها على الإلتزامات الناشئة عن العقود المالية. وينبغي إعفاء العقود المالية من أي وقف منطبق بمقتضى قانون الإعسار على إنفاذ المصلحة الضمانية.

١٠٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الإحالات الإعتيادية السابقة للإفلاس والتي هي متسقة مع الممارسة المتبعة في السوق، ومنها مثلا وضع هامش للعقود المالية،[٥٠] والإحالات الرامية إلى تسوية التزامات العقود المالية،[٥١] ينبغي إعفاؤها من الإبطال.

١٠٥- ينبغي أن يعترف قانون الإعسار بنهائية معاوضة العقود المالية ومقاصّتها وتسويتها من خلال نظم السداد والتسوية عند إعسار أحد المشاركين في النظام.

(50) "الهامش" هو العملية المتمثّلة في إضافة مقدار من النقد أو الأوراق المالية كضمانة للمعاملات وفقا لصيغة تعاقدية تحتاط للتقلبات في القيمة السوقية للعقد وللضمانة الموجودة. فعلى سبيل المثال، قد يشترط هامش قدره ١٠٥ في المائة، في عملية مقايضة، للمحافظة على قيمة العقد عند إنهائه. فإذا انخفض وضع الضمانة إلى ١٠٠ في المائة، ربما اقتضى الأمر وضع هامش إضافي.

(51) قد تعتبر مدفوعات التسوية، في بعض الظروف، معاملة تفضيلية. ففيما يتعلق بالمقايضة مثلا، يجب أن تتم مدفوعات التسوية شهريا أو عند إنهاء العقد على أساس القيمة السوقية للعقد. وهذه المدفوعات ليست إحالات قيمة مقابل قيمة، وإنما هي بالأحرى تسديد لالتزام بدين متجمع أصبح مستحقا. وفي البلدان التي لديها فترة اشتباه ثابتة بشأن جميع المعاملات التي تحدث قبل بدء الإجراءات، يمكن أن تخضع هذه المدفوعات أيضا للإبطال.

١٠٦– ينبغي أن تنطبق التوصيات ١٠١–١٠٥ على جميع المعاملات التي تعتبر "عقودا مالية" سواء أكان أحد الأطراف المقابلة، أم لم يكن، مؤسسة مالية.[٥٢]

١٠٧– ينبغي تعريف العقود المالية تعريفا واسعا يكفي لشمول مختلف أنواع العقود المالية الموجودة، ولاستيعاب أنواع جديدة من العقود المالية عند ظهورها.

(52) يمكن أن يؤدي إعسار طرف من الأطراف المقابلة إلى مخاطر نظمية، حتى إذا لم يكن العقد المالي المعني له صلة بمؤسسة مالية.

ثالثا- المشاركون

ألف- المدين[1]

١- مقدّمة

١- تعتمد قوانين الإعسار نُهجا مختلفة إزاء الدور الذي يؤديه المدين في إجراءات الإعسار، وهي تميّز بوجه عام بين التصفية وإعادة التنظيم. فعندما يتقرّر مواصلة نشاط المنشأة (ببيعها كمنشأة عاملة إما في التصفية وإما في إعادة التنظيم) تزداد الحاجة إلى اضطلاع المدين بدور من الأدوار في الإدارة. ويكون للمدين أيضا دور يؤديه في مساعدة ممثل الإعسار على أداء مهامه وفي توفير ما يلزم من معلومات عن المنشأة للمحكمة أو لممثل الإعسار. ويكون للمدين، إضافة إلى التزاماته، حقوق معيّنة فيما يتعلق بتلك الإجراءات، كالحق في أن يُسمَع أثناء الإجراءات، وفي أن تتاح له سبل الإطلاع على المعلومات، وفي أن يحتفظ بممتلكاته الشخصية. ومن أجل ضمان الكفاءة والفعالية في تسيير الإجراءات وتوفير اليقين لجميع الأطراف المشاركة فيها، من المستصوب أن يُرسي قانون الإعسار بوضوح نطاق حقوق المدين والتزاماته.

٢- مواصلة نشاط منشأة المدين ودور المدين

(أ) التصفية

٢- حالما تبدأ إجراءات التصفية، يقتضي صون الحوزة اتخاذ تدابير شاملة من أجل حمايتها لا من دعاوى الدائنين فحسب بل من المدين أيضا. ولهذا السبب يقضي الكثير من قوانين الإعسار بتجريد المدين من جميع حقوق السيطرة على الموجودات وإدارة المنشأة وتشغيلها في

(1) نظرا لأن قانون الإعسار سيغطي مختلف أنواع المنشآت، سواء أكانت أنشطة تجارية فردية أم شراكات أم شكلا من أشكال الشركات، فإنّ مسألة الدور المستمر للمدين تثير تساؤلات وجيهة عن دور إدارة المنشأة المدينة أو دور مالكيها، تبعا للظروف. وللتيسير المرجعي، يقتصر الدليل التشريعي على الإشارة إلى "المدين" أو "المنشأة المدينة"، ولكن المقصود هو أن يشمل هذا المصطلح إدارة المنشأة المدينة ومالكيها، عندما يكون ذلك مناسبا.

سياق التصفية، وتعيين ممثل إعسار لكي يتولى جميع المسؤوليات التي جُرِّد منها المدين. وبالإضافة إلى الصلاحيات المتصلة باستعمال الموجودات والتصرف فيها، يمكن أن تشمل تلك المسؤوليات الحق في إقامة الدعاوى القانونية والدفاع فيها باسم الحوزة، والحق في تسلّم جميع المدفوعات الموجهة إلى المدين. وبعد بدء إجراءات التصفية، تصبح أيّ معاملة تشمل موجودات الحوزة، بما في ذلك إحالة تلك الموجودات، إذا لم يأذن بها ممثل الإعسار أو المحكمة أو الدائنون (حسب متطلبات قانون الإعسار)، باطلة عموما (أو خاضعة للإبطال بموجب بعض القوانين)، وتصبح الموجودات المحالة (أو قيمتها) خاضعة للإسترداد لصالح حوزة الإعسار (انظر الفقرات ٧٠-٧٣ من الفصل الثاني).

٣- وعندما يتقرر أنّ أنجع الوسائل لتصفية الحوزة هي بيع المنشأة كمنشأة عاملة، ينص بعض القوانين على أن يشرف ممثل الإعسار على المنشأة ويتولى السيطرة عليها عموما مع السماح للمدين بزيادة قيمة الحوزة وتيسير بيع الموجودات بمواصلة تقديمه الخدمات والنصح لممثل الإعسار. وقد يشفع لهذا النهج معرفة المدين بخذافير منشأته والسوق أو الصناعة المتصلة بها، فضلا عن علاقته المستمرة بالدائنين والموردين والزبائن.

(ب) إعادة التنظيم

٤- لا يوجد في إجراءات إعادة التنظيم نهج متفق عليه بشأن المدى الذي تكون إليه تنحية المدين هي التصرف الأنسب، ولا بشأن الدور المتواصل الذي يمكن أن يؤديه المدين في حال تنحيته بقدر ما، ولا بشأن الطريقة التي يقام بها توازن بين ذلك الدور وأدوار المشاركين الآخرين. فقد يتوقف ذلك الدور المتواصل إلى حد بعيد على تصرف المدين بحسن نية أثناء إجراءات إعادة التنظيم؛ وإذا لم يتصرف على هذا النحو كانت قيمة دوره المتواصل أمرا مشكوكا فيه. وهو قد يتوقف أيضا على وجود نظام إدارة قوي ومستقل يستطيع معالجة السلوك اللاكفؤ أو الذي يخدم أغراضا شخصية. وقد تتوقف مزايا الأخذ بالدور المتواصل أيضا، في بعض الأحيان، على ما إذا كان المدين هو الذي بدأ إجراءات الإعسار أم أنها بدأت عند تقديم الدائنين طلبا في هذا الشأن. ففي هذه الحالة الأخيرة، قد يتخذ المدين موقفا غير تعاوني بل وحتى عدائيا إلى حد يجعل مشاركته لا طائل من ورائها. ويمكن أن يتوقف القرار بشأن النهج الذي ينبغي اتخاذه على عدد من العوامل، منها الثقافة المؤسسية المحلية؛ ودور المصارف؛ ووجود نظم إدارة مؤسسية وفعاليتها؛ وفعالية مؤسسات الإعسار؛ ومستوى الإشراف الذي توفّره أو تشترطه المحاكم؛ وفعالية المحاكم ومدى تيسر

الوصول إليها؛ ومدى الحسم بأنّ الحوافز على بدء إجراءات الإعسار هامة لتصميم نظام الإعسار.

'١' مزايا ومثالب مواصلة قيام المدين بدور

٥- هناك عدد من المزايا المحتملة في السماح للمدين بأن يكون له دور متواصل. ففي كثير من الظروف، تكون لدى المدين معرفة مباشرة وحميمة بمنشأته وبالصناعة التي تعمل في نطاقها. وتكتسي هذه المعرفة أهمية خاصة فيما يتعلق بالتجار الأفراد والشراكات الصغيرة وهي قد توفّر، لصالح استمرارية المنشأة، الأساس اللازم لكي يكون للمدين دور في اتخاذ القرارات الإدارية القصيرة الأجل واليومية. وهي يمكن أن تساعد أيضا ممثل الإعسار على أداء مهامه بفهم أوثق وأعمق لسير أعمال منشأة المدين. ولأسباب مماثلة، كثيرا ما يكون المدين في وضع مناسب لاقتراح خطة لإعادة التنظيم. وفي هذه الظروف، ربما لن تقتصر النتيجة المترتبة على تنحية المدين تماما، رغم دوره في الضائقة المالية التي تواجهها المنشأة، على القضاء على الحافز على الاضطلاع بأنشطة في مجال تنظيم المشاريع وعلى المخاطرة بوجه عام وعلى القضاء على حافز المدينين على بدء إجراءات إعادة التنظيم في مرحلة مبكرة، بل إنها يمكن أن تؤدي أيضا إلى تقويض فرص نجاح عملية إعادة التنظيم.

٦- وربما يحتاج الأمر إلى موازنة مدى استصواب أن يكون للمدين دور متواصل مع عدد من المثالب المحتملة. فقد تكون ثقة الدائنين بالمدين معدومة بسبب الضائقة المالية التي تواجهها المنشأة (والدور الذي ربما كان للمدين في هذه الضائقة)، ويقتضي الأمر إعادة بناء هذه الثقة إذا ما أريد لعملية إعادة التنظيم أن تكلّل بالنجاح. فالسماح للمدين بمواصلة تسيير المنشأة بدون رقابة كافية على صلاحياته قد يعمل لا على زيادة تدهور الثقة فحسب بل وعلى زيادة استعداء الدائنين أيضا. وهناك عامل يمكن أن يؤثّر في آراء الدائنين حول هذا الخيار وهو فعالية أيّ نظام سار من نظم الإدارة المؤسسية ومدى استجابة المدين لذلك النظام. فعندما لا يكون هناك أيّ نظام إدارة فعال، قد يفضل الدائنون أن يعيَّن ممثل إعسار ويُنَحَّى المدين أو أن يكون لممثل الإعسار المعيَّن سلطات إشرافية كبيرة على المدين.

٧- ويمكن أن يفضي النظام الذي يُرى أنه مفرط في محاباة المدين إلى عدم مبالاة الدائنين بالإجراءات وعدم رغبتهم في المشاركة فيها، وهذا قد يفضي بدوره إلى مواجهة مشاكل في رصد سلوك المدين عندما يقضي قانون الإعسار باضطلاع الدائنين بهذا الدور. وربما يشجِّع هذا أيضا على اتباع نهج مناوئ لإجراءات الإعسار ويزيد بذلك من التكاليف والتأخير. وقد يكون لدى المدين مخططه الخاص الذي يتعارض مع أهداف نظام الإعسار وخصوصا مع

تحقيق أقصى قدر من العائدات التي تؤول إلى الدائنين. فقد يكون هدفه الرئيسي، على سبيل المثال، هو ضمان عدم فقدانه السيطرة على المنشأة بدلا من زيادة القيمة إلى أقصى حد لصالح الدائنين. يضاف إلى ذلك أنّ نجاح عملية إعادة التنظيم قد لا يتوقف على إجراء التغيير الذي قد لا يكون المدين مستعدا للقبول به فحسب، بل وكذلك على امتلاك المدين المعرفة والخبرة اللتين تكفلان له استخدام قانون الإعسار لتذليل ضائقته المالية. وهناك عامل ذو صلة يتعيّن النظر فيه، وهو ما إذا كانت إجراءات الإعسار قد بدأت بناء على طلب المدين أم الدائنين (وفي هذه الحالة الأخيرة، قد يكون المدين معاديا للدائنين).

٨- ويميّز عدد من قوانين الإعسار، فيما يخص دور المدين، بين الفترة الممتدة من بدء الإجراءات حتى الموافقة على خطة إعادة التنظيم، من ناحية، والفترة اللاحقة للموافقة على الخطة، من الناحية الأخرى. ففيما يتعلق بالفترة الأولى، تنص هذه القوانين على قواعد محددة تتعلق بقدرة المدين على إدارة ومراقبة السير اليومي للمنشأة وتعيين ممثل إعسار مستقل. وحالما تتم الموافقة على الخطة، يمكن أن يتوقف سريان الحدود المنطبقة على ممارسة المدين السيطرة على أعمال المنشأة وإدارتها ويصبح المدين مسؤولا عن تنفيذ الخطة الموافَق عليها.

٩- وتعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة لتحقيق التوازن بين هذه الاعتبارات المتنافسة في عملية إعادة التنظيم. وتتراوح هذه النهُج بين تنحية المدين وتعيين ممثل إعسار، من جهة، والسماح للمدين بأن يظل ممسكا بزمام السيطرة على المنشأة تحت أقل قدر من الإشراف، من جهة أخرى. وتنص نُهُج وسطية على تعيين ممثل إعسار لممارسة قدر ما من الإشراف وللاحتفاظ بالإدارة القائمة. وتترتب على اختيار أيّ من هذه النهُج المختلفة نتائج تؤثر في بنية نظام الإعسار، وخاصة في التوازن المراد تحقيقه بين مختلف المشاركين ومدى انطباق تدابير التوازن في الصلاحيات، سواء التي توفّرها المحكمة أو التي يوفّرها الدائنون. وينبغي أن يظل في الاعتبار عند النظر في دور المدين، عندما يكون المدين شخصية اعتبارية، أن الإدارة الموجودة عند بدء الإعسار لن تظل بالضرورة باقية طوال الإجراءات.

‘٢’ النهُج المتبَّعة إزاء مواصلة دور المدين

أ- تنحية المدين تماما

١٠- ينحو هذا النهج المنحى المعمول به في التصفية، فهو يجرّد المدين من جميع أشكال السيطرة على المنشأة ويعيّن ممثل إعسار للاضطلاع بمهام المدين فيما يتعلق بإدارتها. ولكنّ

تنحية المدين تماما قد تتسبب، كما ذكر أعلاه، في تعطّل أعمال المنشأة وتسفر عن عواقب تضر باستمرار عملها في مرحلة حاسمة الأهمية من بقائها.

ب– إشراف ممثّل الإعسار على المدين

١١– تنشئ النهُج الوسطية مستويات مختلفة من السيطرة المشتركة بين المدين وممثل الإعسار. وتنطوي هذه عموما على ممارسة ممثل الإعسار قدرا ما من الإشراف على المدين، كأن يشرف بوجه عام على أنشطة المدين ويوافق على المعاملات الهامة، بينما يواصل المدين تشغيل المنشأة واتخاذ القرارات يوميا. وقد يحتاج هذا النهج إلى الدعم بقواعد دقيقة نسبيا لضمان وضوح خطوط انقسام المسؤولية بين ممثل الإعسار والمدين وكفالة التيقّن من الطريقة التي ستسير بها عملية إعادة التنظيم. فبعض قوانين الإعسار تنص، مثلا، على جواز الاضطلاع بمعاملات معيّنة، كإبرام ديون جديدة وإحالة الموجودات أو رهنها ومنح حقوق في استخدام ممتلكات حوزة الإعسار، دون طلب الموافقة من ممثل الإعسار أو المحكمة شريطة الاضطلاع بها في سياق العمل المعتاد. فإذا لم تكن في سياق العمل المعتاد، وجب الحصول على تلك الموافقة. وقد يكون رصد التدفق النقدي لمنشأة المدين أداة إضافية لمراقبة المدين ومعاملاته.

١٢– وعندما لا يلتزم المدين بالقيود المفروضة عليه ويبرم عقودا تتطلب الموافقة دون أن يحصل عليها أولا، قد يحتاج الأمر إلى أن يعالج قانون الإعسار مدى صحة تلك المعاملات وأن ينص على جزاءات مناسبة على سلوك المدين. فبينما ينص أحد قوانين الإعسار، مثلا، على إمكانية قيام المحكمة في تلك الظروف بإيقاف إجراءات الإعسار تماما، يتوقف مدى وجاهة هذا الحل لا على ما إذا كانت الإجراءات قد بدأت بناء على طلب المدين أم الدائنين فحسب (لا ينبغي تمكين المدين من تقويض إجراءات تبدأ بناء على طلب من الدائنين بعدم الإلتزام بقانون الإعسار أو بأوامر المحكمة)، بل وكذلك على ما يمثّل أفضل مصالح كل الأطراف المشاركة في الإجراءات وتوفّر آليات أخرى في قانون الإعسار لمعالجة ذلك النوع من سلوك المدين (بما في ذلك إمكانية تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى إجراءات تصفية).

١٣– وترسم قوانين الإعسار التي تعدّد المعاملات التي تتطلب الموافقة خطا واضحا نسبيا بين مسؤولية المدين ومسؤولية ممثل الإعسار أو المحكمة. وينص عدد من هذه القوانين أيضا على إمكانية اضطلاع ممثل الإعسار بدور أكبر في السيطرة على حوزة الإعسار والإدارة اليومية للمنشأة إذا اقتضت ذلك حماية حوزة الإعسار في حالة معيّنة. وقد تشمل الظروف المناسبة لذلك الحالات التي يوجد فيها دليل على عدم نهوض المدين بمسؤولياته وحالات سوء

إدارته للموجودات أو إساءة ائتمانه لها. وعندما تنشأ هذه الظروف، قد يكون من المستصوب تمكين المحكمة من تنحية المدين بمبادرة منها أو بناء على طلب ممثل الإعسار أو ربما بناء على طلب الدائنين أو لجنة الدائنين.

١٤- وقد يكون للدائنين دور يؤدونه في رصد الأنشطة الإدارية التي يضطلع بها المدين وضمان تنفيذه إياها بفعالية. وعندما يكون للدائنين دور كهذا قد تكون هناك حاجة إلى تدابير تحول دون إمكانية إساءة استعمال الدائنين لهذا الدور سعيا منهم إلى تقويض إجراءات إعادة التنظيم أو إلى اكتساب قوة ضغط غير مشروعة. ويمكن تحقيق درجة الحماية المطلوبة بالاشتراط مثلا بأن تصوِّت أغلبية مناسبة من الدائنين لكي يسمح لهم باتخاذ الإجراء اللازم لتنحية المدين أو توسيع نطاق الدور الإشرافي لممثل الإعسار.

١٥- وهناك نهج مختلف إزاء رسم الحدود الفاصلة بين صلاحيات كل من المدين وممثل الإعسار، وهو عندما لا يحدّد قانون الإعسار المعاملات التي يجوز للمدين الاضطلاع بها، بل يسمح للمحكمة أو لممثل الإعسار تحديد الأفعال القانونية التي تستطيع الإدارة القيام بها بعد الموافقة وتلك التي لا تستطيع القيام بها. ولئن كان هذا النهج يسمح بدرجة ما من المرونة، فإنّه قد يثني المدينين عن بدء إجراءات الإعسار لأنّ أثر بدئها في إدارتهم للمنشأة وسيطرتهم على أعمالها لن يكون واضحا.

ج- احتفاظ المدين بالسيطرة الكاملة

١٦- يوجد نهج آخر إزاء مسألة استمرار دور المدين يتمثل في تمكين المدين من الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على أعمال المنشأة، مع ما يترتب على ذلك من عدم تعيين المحكمة ممثلا مستقلا حالما تبدأ الإجراءات (وهو يُعرف أحيانا كثيرة باسم "المدين المتملِّك"). وعندما يسمح قانون الإعسار للمدين بالاحتفاظ بالسيطرة على المنشأة، من المستصوب تحديد مهام ممثل الإعسار التي يمكن أن يؤديها ذلك المدين المتملِّك. وقد يعزّز ذلك النهج، في بعض الظروف، فرص النجاح في عملية إعادة التنظيم، حيث إنه يُقرّ بإلمام المدين بأعمال المنشأة، شريطة أن يكون بالإمكان الاعتماد عليه في مواصلة تسيير أعمال المنشأة بطريقة أمينة واكتساب ثقة الدائنين وضمان تعاونهم معه.

١٧- ومع ذلك، قد تكون لهذا النهج مثالب، منها استعماله في حالات يكون من الواضح أنها على الأرجح لن تُكلَّل بالنجاح أو أنها تؤخِّر ما لا مناص منه مع ما يترتب على ذلك من استمرار في تبديد الموجودات واحتمال تصرف المدين بطريقة غير مسؤولة بل وباحتيال أثناء

فترة ممارسته تلك السيطرة، مما يقوّض عملية إعادة التنظيم وكذلك ثقة الدائنين. ويمكن التخفيف من وطأة بعض هذه الصعوبات باتخاذ تدابير حمائية معيّنة، كالاشتراط على المدين أن يقدِّم إلى المحكمة تقارير منتظمة عن سير الإجراءات؛ أو السماح للمحكمة في بعض الحالات بتعيين ممثل إعسار للإشراف على المدين؛ أو إعطاء الدائنين دورا هاما في مراقبة المدين أو الإشراف عليه؛ أو النص على تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى إجراءات تصفية.

١٨– وتجدر الإشارة إلى أنّ إدارة المنشأة المدينة وقت بدء الإجراءات، في حال اعتماد هذا النهج، ليست في معظم الأحيان هي الإدارة ذاتها المكلَّفةَ بتنفيذ خطة موافق عليها، كما لن تكون بعض العوامل الآنفة الذكر قسرية بالقدر ذاته الذي يمكن أن تكون به عندما تظل إدارة المنشأة المدينة في مكانها طوال الإجراءات. ومع ذلك، فإنّ نهج المدين المتملِّك معقَّد ويتطلب دراسة مفصّلة لا لكونه يعتمد على قواعد إدارية مؤسسية متينة وقدرة مؤسسية كفؤة فحسب، بل ولكونه يؤثِّر كذلك في صوغ عدد من الأحكام الأخرى في نظام الإعسار (كإعداد خطة إعادة التنظيم وممارسة صلاحيات الإبطال ومعاملة العقود والحصول على تمويل بعد بدء الإجراءات)، وهي أحكام لا يتناولها هذا الدليل التشريعي بالتفصيل.

٣– حقوق المدين

١٩– بغية الحفاظ على ما يعتبر في بعض الدول حقوقا أساسية للمدين وضمان معاملته معاملة عادلة ونزيهة، وربما الأهم من ذلك بغية تعزيز ثقة المدين بإجراءات الإعسار، من المستصوب أن يحدّد قانون الإعسار بوضوح دور المدين في الإجراءات وما سيكون له من حقوق فيما يتعلق بتسيير تلك الإجراءات. ففي العديد من الدول، قد تتأثر حقوق المدين في إجراءات الإعسار، إذا كان شخصا طبيعيا، بالالتزامات المنصوص عليها في معاهدات دولية وإقليمية مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[٢] والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.[٣]

(2) الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد ٩٩٩، الرقم ١٤٦٦٨.

(3) المرجع نفسه، المجلد ٢١٣، الرقم ٢٨٨٩.

حق المدين في أن تسمع دعواه وأن تتاح له سبل الوصول إلى المعلومات وأن يحتفظ بالممتلكات الشخصية

٢٠- من المستصوب، للأسباب المبيّنة أعلاه، أن يكون للمدين الحق في أن تُسمع دعواه في إجراءات الإعسار وفي أن يشارك بوجه عام في عملية اتخاذ القرارات التي تشكّل جزءا ضروريا من الإجراءات، ولا سيما إجراءات إعادة التنظيم. وينبغي أن يكون باستطاعة المدين الوصول إلى المعلومات المتصلة بسير الإجراءات في جميع الأحوال، وخصوصا عندما ينص قانون الإعسار على تنحية المدين إلى حد ما (سواء في التصفية أو في إعادة التنظيم) عن إدارة المنشأة والسيطرة على أعمالها. وقد يكون الوصول إلى هذه المعلومات هاما على وجه الخصوص في إعادة التنظيم عندما ينص قانون الإعسار على تنحية المدين إلى حد ما قبل الموافقة على الخطة، ولكنه يلزمه بتحمل المسؤولية عن تنفيذ تلك الخطة. وقد يكون من المناسب أيضا، في الظروف التي لا يقوم فيها المدين بأي دور في صياغة الخطة، أن يعطى فرصة الإعراب عن رأيه في الخطة قبل تقديمها من أجل موافقة الدائنين عليها. ومثلما ذكر أعلاه (الفقرات ١٨-٢١ من الفصل الثاني)، عندما يكون المدين شخصا طبيعيا، تُستبعَد بوجه عام موجودات معيّنة من حوزة الإعسار بغية تمكين المدين من الاحتفاظ بحقوقه الشخصية وحقوق أسرته، ومن المستصوب أن يكون حق الاحتفاظ بتلك الموجودات المستبعَدة محدَّدا بوضوح في قانون الإعسار.

٢١- ومع ذلك، قد توجد حالات تؤدي فيها ممارسة هذه الحقوق أو التقيد بها إلى شكليات وتكاليف تعرقل مسار الإجراءات دون أن تعود بأية فائدة مباشرة على المدين. فقد يحدث، على سبيل المثال، عندما يصبح المدين غير متواجد في الولاية القضائية المقامة فيها الإجراءات ويرفض الاستجابة أو لا يستجب لكل المحاولات المعقولة من جانب ممثل الإعسار أو المحكمة لإقامة اتصال مباشر به، أن يؤدي الشرط المطلق بأن تسمع دعواه إلى عرقلة سير الإجراءات بكل معنى الكلمة، إن لم يجعل الاضطلاع بها مستحيلا. كما إنه، عندما يصبح المدين غير ممارس لأعماله ولا يمكن الاستماع إلى دعواه بصفته كذلك، أو عندما لا يشارك حائزو الأسهم في المنشأة المدينة أو مالكوها في أي عملية توزيع في سياق الإجراءات، فقد لا يكون للاشتراط المطلق بالاستماع إلى دعوى المدين أي جدوى. ولهذه الأسباب، بينما يظل من المستصوب النص على بذل كل الجهود المعقولة لإعطاء المدين فرصة لكي تُسمع دعواه، فقد يكون من الضروري أن يتيح قانون الإعسار بعض المرونة في حالات استثنائية لتجنب اشتراط ممارسة هذا الحق على نحو يؤثر تأثيرا سلبيا في سير الإجراءات.

٤– التزامات المدين

٢٢– مثلما لوحظ فيما يتعلق بحقوق المدين، من المستصوب أن يحدّد قانون الإعسار بوضوح التزامات المدين إزاء إجراءات الإعسار، بما في ذلك، قدر الإمكان، مضمون هذه الالتزامات وشروطها ولمن يُستَحق كل التزام منها. وينبغي أن تنشأ الالتزامات عند بدء الإجراءات وأن يتواصل تطبيقها طوال هذه الإجراءات. وسيحتاج الأمر إلى تكييف هذه الالتزامات لتتواءم مع الدور الذي سيؤديه المدين فيما يتعلق بإجراءات عمليتي التصفية وإعادة التنظيم، ولا سيما فيما يتعلق بإدارة المنشأة والسيطرة على أعمالها في حال إعادة التنظيم. فعلى سبيل المثال، عندما يظل المدين مسيطرا على أعمال المنشأة في سياق إعادة التنظيم لا ينطبق عليه التزام التنازل عن السيطرة على موجودات حوزة الإعسار.

(أ) التعاون والمساعدة

٢٣– بغية ضمان إمكانية تسيير إجراءات الإعسار بكفاءة وفعالية، تفرض بعض قوانين الإعسار التي تنص على تنحية المدين إلى حد ما أو الإشراف عليه التزاما عاما على المدين بأن يتعاون مع ممثل الإعسار ويساعده في أداء واجباته، ويُلزمه بعض القوانين بأن يمتنع عن أي تصرف قد يضر بسير الإجراءات. ويتعين أن يكون أحد الجوانب الأساسية للالتزام بالتعاون هو تمكين ممثل الإعسار من الأخذ بزمام السيطرة الفعلية على حوزة الإعسار بتسليمه زمام السيطرة على الموجودات وسجلات المنشأة ودفاترها. وعندما تكون موجودات المدين واقعة في ولاية قضائية أجنبية، فقد يتعذّر على المدين أن يسلم زمام السيطرة عليها، لكن الالتزام ينبغي أن يتعلق بتيسير استرداد ممثل الإعسار تلك الموجودات الواقعة في الخارج أو التعاون معه في هذا الخصوص (انظر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، المرفق الثالث). ويمكن أن ينطوي التزام التعاون أيضا على إلزام المدين بأن يساعد ممثل الإعسار على إعداد قائمة بالدائنين ومطالباتهم، وكذلك قائمة بمديني المدين (انظر الفقرة ٤٩، أدناه).

(ب) توفير المعلومات

٢٤– بغية تيسير إجراء تقييم مستفيض ومستقل لأنشطة المدين التجارية، بما في ذلك احتياجاته الفورية من السيولة ومدى استصواب حصوله على تمويل لاحق لبدء الإجراءات، واحتمالات بقاء المنشأة على المدى الطويل، وما إذا كانت الإدارة مؤهلة لمواصلة قيادة المنشأة، يقتضي الأمر بوجه عام توفير معلومات عن المدين وما لديه من موجودات وعليه من

التزامات وعن وضعه المالي وشؤونه المالية. ولكي يتسنى إجراء هذا التقييم، من المستصوب، في حالتي التصفية وإعادة التنظيم بوجه عام، ولكن في حالة إعادة التنظيم وعندما يُعتزم بيع المنشأة كمنشأة عاملة في التصفية بوجه خاص، أن يبقى المدين ملزما بالكشف عن معلومات مفصَّلة عن منشأته وشؤونه المالية على مدى فترة طويلة، وليس مجرد الفترة القريبة من بدء الإجراءات. ويمكن لتلك المعلومات المفصّلة أن تشمل معلومات عن الموجودات والالتزامات؛ والإيرادات والمصروفات؛ وقوائم الزبائن؛ وإسقاطات الربح والخسارة؛ وتفاصيل التدفق النقدي؛ والمعلومات التسويقية؛ واتجاهات الصناعة؛ والمعلومات التي يعتقد أنها تتعلق بأسباب الوضع المالي الذي انتهى إليه المدين؛ والكشف عن المعاملات السابقة التي شملت المدين أو موجوداته، بما فيها المعاملات التي قد تكون قابلة للإبطال بموجب قانون الإعسار؛ والمعلومات المتعلقة بالعقود القائمة والمعاملات التي يشترك فيها أشخاص ذوو صلة والإجراءات القضائية أو التحكيمية أو الإدارية الجارية التي هي مقامة على المدين أو التي يكون المدين طرفا فيها. ويُلزم عدد من قوانين الإعسار أيضا المدين بتوفير معلومات عن دائنيه والقيام أيضا، كما ذكر آنفا، بالتعاون أحيانا كثيرة مع ممثل الإعسار، بإعداد قائمة بالدائنين يمكن التحقق على أساسها من المطالبات، وكذلك بإعداد قائمة بمدينيه. وقد يُلزَم المدين أيضا بتحديث تلك القائمة من وقت إلى آخر عند التحقق من المطالبات وقبولها أو رفضها.

٢٥- وعلى الرغم من أنه قد لا يكون من الضروري أن ينص قانون الإعسار بالتفصيل وبشكل حصري على المعلومات التي يتعين على المدين تقديمها، فقد يكون اتباع نهج يقضي بذكر نوع المعلومات المطلوب توفيرها مفيدا في توفير الإرشاد وربما في تجنب نشوء منازعات. وفي هذا الخصوص، وضعت بعض القوانين استمارات موحدة المقاييس بشأن المعلومات المحددة المطلوبة. وهذه الاستمارات يتعين أن يملأها المدين (تحت طائلة توقيع العقوبات المناسبة في حال الإدلاء بمعلومات زائفة أو مضللة) أو شخص مستقل أو مسؤول إداري.

٢٦- وبغية ضمان إمكانية استخدام المعلومات المقدّمة للأغراض المذكورة أعلاه، يجب أن تكون هذه المعلومات حديثة وكاملة ودقيقة وموثوقة وأن تقدَّم في أقرب وقت ممكن بعد بدء الإجراءات، مع وجوب إتاحة الوقت اللازم للمدين لجمع المعلومات ذات الصلة. وعندما يكون بإمكان المدين الوفاء بهذا الإلتزام فقد يعمل ذلك على تعزيز ثقة الدائنين في قدرته على مواصلة إدارة المنشأة.

٢٧- ويمكن أن تكون عملية تقديم المعلومات التي سبق ذكرها بإيجاز أعلاه أساسية لضمان فائدتها في نهاية المطاف. فعلى سبيل المثال، إذا كان أعضاء إدارة المدين مسؤولين عن الوضع

المالي الراهن للمدين، ربما أبدوا نفورا من إفشاء المعلومات على نحو كامل وصريح أو إفشاء المعلومات التي قد تتسبب في إدانتهم (بالرغم من أنّ قوانين جنائية عديدة تنص على أنّ الأدلة التي تنطوي على إدانة ذاتية لا يجوز استعمالها في إجراءات جنائية لاحقة من أجل التشجيع على الكشف عن معلومات صريحة). ومن ثم، قد يكون من المستصوب، إضافة إلى إلزام المدين بتوفير المعلومات، أن يمنح قانون الإعسار ممثل الإعسار والدائنين أو لجنة الدائنين الحق المقابل في أن يطلبوا معلومات من المدين ويتلقوها منه، مع النص على عقوبات ملائمة في حال عدم وشوك ورود المعلومات المطلوبة. ويمكن تكميل التزام المدين بتدابير إضافية يمكن أن تشمل تعيين مُراجع مستقل أو إلزام المدين نفسه (إذا كان شخصا طبيعيا) أو واحد أو أكثر من مديريه بأن يحضروا أو يرسلوا ممثلين عنهم لحضور اجتماع رئيسي للدائنين للإجابة على الأسئلة (ما لم يتعذر ذلك عمليا لأسباب جغرافية).

(ج) السرّية

٢٨- كثيرا ما تكون المعلومات المطلوب من المدين تقديمها ذات طابع حساس تجاريا أو سرّية أو مرهونة بالتزامات تجاه أشخاص آخرين (كالأسرار التجارية أو قوائم الزبائن والموردين أو معلومات البحث والتطوير أو الأسرار المهنية أو المعلومات الامتيازية أو السرّية بشكل آخر)، وهي قد تكون إمّا مملوكة للمدين وإمّا مملوكة لطرف ثالث لكنها تحت سيطرة المدين. ومن المستصوب أن يشمل قانون الإعسار أحكاما لحماية هذه الأنواع من المعلومات من إساءة الاستعمال من قبل الدائنين أو أطراف أخرى تكون في وضع يمكّنها من استغلالها في الإعسار. وبغية تحقيق التوازن بين التزام المدين بحماية المعلومات والتزامه بتوفيرها لممثل الإعسار أو المحكمة أو الدائنين، قد يكون من الضروري أيضا تطبيق التزام التقيد بالسرّية وحماية هذه المعلومات على الأطراف المتصلة بالمدين وعلى ممثل الإعسار والدائنين عموما ولجان الدائنين والأطراف الثالثة.

(د) الالتزامات التبعية

٢٩- يفرض عدد من قوانين الإعسار التزامات إضافية تتبع التزام المدين بالتعاون والمساعدة. وهي يمكن أن تشمل التزاما (ينطبق إمّا على المدين إذا كان شخصا طبيعيا وإمّا على مديري الكيان المدين إذا كان شخصا اعتباريا) بعدم مغادرة مكان الإقامة المعتاد بدون إذن من المحكمة أو من ممثل الإعسار، أو بإشعار المحكمة أو ممثل الإعسار إذا اقترح المدين أو مديرو الكيان المدين تغيير مكان الإقامة ذاك أو أرغموا على ذلك، والكشف لممثل الإعسار أو

المحكمة عن كل المراسلات، وقيودا أخرى تمس الحرية الشخصية. وإذا كان المدين شخصا اعتباريا، أمكن تطبيق تلك القيود أيضا على نقل مقر ذلك الشخص الاعتباري، وجاز لقانون الإعسار أن يشترط موافقة المحكمة أو ممثل الإعسار عند اقتراح ذلك النقل. وقد تكون هذه القيود حاسمة الأهمية لمنع تعطيل إجراءات الإعسار بالممارسة الشائعة المتمثلة في ترك المدينين المكان الذي تقع فيه منشأتهم واستقالة المديرين من مناصبهم عند بدء الإجراءات. وعندما تكون هذه الواجبات التبعية مدرجة في قانون الإعسار، فمن المستصوب أن تكون متناسبة مع الغرض الأساسي منها ومع الغرض الإجمالي المتمثل في الواجب العام بالتعاون؛ ويمكن تقييدها أيضا بتطبيق اتفاقيات واتفاقات حقوق الإنسان ذات الصلة كما ذكر أعلاه.

٣٠- وينص بعض قوانين الإعسار تحديدا على انطباق هذه الالتزامات آليا، بينما ينص غيرها على جواز الأمر بها إذا ارتأت المحكمة أن ذلك ضروري لإدارة الحوزة. ويميّز بعض القوانين أيضا بين المدينين من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين؛ فعندما يكون المدين شخصا طبيعيا لا تنطبق القيود إلاّ بأمر من المحكمة، أمّا عندما يكون المدين شخصا اعتباريا فقد تنطبق بعض القيود آليا، ومنها اشتراط الكشف عن المراسلات.

(هـ) توظيف متخصصين فنيين لمساعدة المدين

٣١- من أجل مساعدة المدين على الاضطلاع بواجباته فيما يتعلق بالإجراءات بوجه عام، يُجيز له بعض قوانين الإعسار توظيف متخصصين فنيين كالمحاسبين والمحامين والمثمّنين وغيرهم من الفنيين الذين قد يحتاج إليهم، رهنا بالحصول على إذن بذلك. وبموجب بعض القوانين، يعطي ذلك الإذنَ ممثل الإعسار وبموجب قوانين أخرى تعطيه المحكمة أو الدائنون.

(و) عدم الامتثال للإلتزامات

٣٢- عندما يتخلف المدين عن الامتثال لالتزاماته، قد يكون من الضروري أن ينظر قانون الإعسار إلى الطريقة التي ينبغي أن يعالج بها هذا التخلّف، مع مراعاة طبيعة مختلف الالتزامات والجزاءات المناسبة لها. وكما ذكر آنفا، عندما يحجب المدين المعلومات، قد يكون من المناسب أن تكون هناك آلية ما تجبره على توفير المعلومات ذات الصلة، كأن تجري المحكمة أو يُجري ممثل الإعسار "استجوابا علنيا" للمدين. وفي الحالات الأشد خطورة في حجب المعلومات، يفرض عدد من الدول عقوبات جنائية. وقد يكون من المناسب اتباع نُهج مشابهة فيما يتعلق بالإخلال بالتزامات أخرى. وفي إعادة التنظيم، يمكن أن يكون تحويل الإجراءات إلى إجراءات تصفية (انظر الفقرات ٧٢-٧٥ من الفصل الرابع) جزاء مناسبا،

شريطة أن يخدم مصالح الدائنين العليا؛ وستكون هناك حالات أخرى تعتبر فيها مواصلة إعادة التنظيم، بالرغم من عدم تعاون المدين أو عدم تقيده بالتزاماته، هي التي تخدم مصالح الدائنين العليا.

٣٣– وقد يكون من الضروري أيضا أن ينظر قانون الإعسار في عواقب الإجراءات المتخذة على نحو يمثل انتهاكا للإلتزامات وما إذا كان ينبغي أن تكون تلك الإجراءات لاغية أم لا. فعلى سبيل المثال، يمكن تناول العقود التي يبرمها المدين بعد بدء الإجراءات في سياق إجراءات الإبطال أو بصفتها معاملات غير مأذون بها. كما قد يستلزم الأمر النظر في مسألة الأطراف التي ينبغي أن تنطبق عليها الجزاءات عندما يكون المدين شخصية اعتبارية، كأن تنطبق مثلا على أيّ شخص يمكن عموما وصفه بأنّ له زمام السيطرة على المدين، بمن في ذلك المدراء والإدارة.

٥– مسؤولية المدين

٣٤– عندما تكون المنشأة ميسورة، يكون مالكوها أصحابَ المصلحة المالية الرئيسيين فيها وتكون العلاقات بالدائنين محكومة بالاتفاقات التعاقدية المبرمة معهم. ولكن عندما تصبح المنشأة معسرة، تتغيّر وجهة التركيز ويصبح الدائنون هم أصحاب المصلحة المالية الحقيقيين في المنشأة ويتحملون بذلك تبعة أية خسارة تترتب على استمرار المدين في مباشرة نشاطه التجاري. وعلى الرغم من هذا التغيّر في وجهة التركيز، فإنّ سلوك وتصرف مالكي المنشأة ومديريها هما قبل كل شيء مسألة قانونية وسياساتية تقع خارج نطاق نظام الإعسار. وليس من المستصوب استعمال قانون الإعسار لمعالجة العيوب في ذلك المجال من التنظيم القانوني أو لضبط السياسات الإدارية المؤسسية، وإن جاز أن يتضمّن بعض قوانين الإعسار التزاما ببدء إجراءات الإعسار في مرحلة مبكرة من الضائقة المالية. وإذا كانت عاقبة السلوك والتصرفات التي صدرت في الماضي عن أشخاص متصلين بمدين معسر هي إلحاق الضرر أو الخسارة بدائني ذلك المدين (كأن يحدث ذلك، على سبيل المثال، نتيجة الاحتيال أو التصرف غير المسؤول)، ربما كان من المناسب، رهنا بنُظُم المسؤولية المنطبقة على الاحتيال من ناحية وعلى الإهمال من الناحية الأخرى، أن ينص قانون الإعسار على إمكانية استرداد قيمة الضرر أو الخسارة من الأشخاص المعنيين.

التوصيات ١٠٨-١١٤

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالمدين هو:

(أ) تحديد حقوق المدين والتزاماته أثناء إجراءات الإعسار؛

(ب) تناول سبل الانتصاف من تخلّف المدين عن الوفاء بالتزاماته؛

(ج) تناول المسائل المتعلقة بإدارة المنشأة المدينة في إجراءات الإعسار.

مضمون الأحكام التشريعية

الحقوق

حق المدين في أن تسمع دعواه (الفقرتان ٢٠ و٢١)

انظر التوصية ١٣٧.

الحق في المشاركة وفي طلب المعلومات (الفقرة ٢٠)

١٠٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ للمدين الحق في المشاركة في إجراءات الإعسار، وفي الحصول على المعلومات ذات الصلة بتلك الإجراءات من ممثل الإعسار ومن المحكمة.

حق المدين في الاحتفاظ بممتلكات معيّنة صونا لحقوقه الشخصية (الفقرة ٢٠)

١٠٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ للمدين، إذا كان شخصا طبيعيا، الحق في الاحتفاظ بالموجودات التي يستبعدها القانون من الحوزة.[٤]

(4) انظر الفقرات ١٧-٢١ من الفصل الثاني والتوصية ٣٨.

التزامات المدين (الفقرات ٢٢–٢٧ و٢٩ و٣٠)

١١٠– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار بوضوح التزامات المدين فيما يتعلق بإجراءات الإعسار. وينبغي أن تنشأ هذه الالتزامات عند بدء تلك الإجراءات وأن تتواصل طوالها. وينبغي أن تشمل هذه الالتزامات ما يلي:

(أ) التعاون مع ممثل الإعسار ومساعدته على النهوض بمهامه؛

(ب) تقديم معلومات دقيقة وموثوقة وكاملة بشأن وضعه المالي وشؤون أعماله التجارية استجابة لطلب المحكمة و/أو ممثل الإعسار و/أو الدائنين و/أو لجنة الدائنين، بما في ذلك قوائم بما يلي:[٥]

'١' المعاملات التي حدثت قبل بدء الإجراءات وشملت المدين أو موجوداته؛

'٢' الإجراءات القضائية أو التحكيمية أو الإدارية الجارية، بما فيها إجراءات الإنفاذ؛

'٣' الموجودات والالتزامات والإيرادات والمصروفات؛

'٤' المدينين والتزاماتهم؛

'٥' الدائنين ومطالباتهم، وهي قائمة يعدّها المدين بالتعاون مع ممثل الإعسار، وينقّحها المدين ويعدّلها بعد التحقق من المطالبات وقبولها أو رفضها؛

(ج) التعاون مع ممثل الإعسار من أجل تمكينه من الأخذ بزمام السيطرة الفعلية على الحوزة وتيسير استرداد ممثل الإعسار للموجودات أو السيطرة على الموجودات التي تتكون منها الحوزة، أينما وجدت،[٦] وسجلات المنشأة، والتعاون معه في كل ذلك؛

(5) شريطة إتاحة الوقت اللازم للمدين لكي يجمع المعلومات ذات الصلة.

(6) انظر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (المرفق الثالث).

(د) عندما يكون المدين شخصا طبيعيا، توجيه إشعار إلى المحكمة إذا اقتَرح أن يغادر مكان إقامته المعتاد أو أُرغم على ذلك، وعندما يكون المدين شخصا اعتباريا، الحصول على موافقة المحكمة أو ممثل الإعسار على نقل مقر المدين.

السرّية (الفقرات ٢٨ و ٥٢ و ١١٥)

١١١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار تدابير من أجل حماية المعلومات التي يقدّمها المدين أو المعلومات المقدّمة عن المدين[٧] والتي يمكن أن تكون حساسة تجاريا أو من الأسرار التجارية.

دور المدين في مواصلة تسيير أعمال المنشأة (الفقرات ٢-١٨)

١١٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار دور المدين في مواصلة تسيير أعمال المنشأة أثناء إجراءات الإعسار. ويمكن الأخذ بنهُج مختلفة، منها ما يلي:

(أ) الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على المنشأة (المدين المتملِّك)، مع اتخاذ تدابير حمائية مناسبة تشمل درجات مختلفة من الرقابة على المدين والتحوّط اللازم لتنحية المدين في ظروف محددة؛[٨] أو

(ب) تنحية المدين تنحية محدودة بحيث يجوز له أن يواصل تسيير أعمال المنشأة يوما بيوم بشرط أن يجري ذلك تحت إشراف ممثل الإعسار، وفي هذه الحالة ينبغي أن يبيّن القانون بوضوح الحدود الفاصلة بين مسؤوليات المدين ومسؤوليات ممثل الإعسار؛ أو

(ج) تنحية المدين تماما عن أي دور في المنشأة وتعيين ممثل إعسار.

١١٣- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار، عندما يكون المدين مدينا متملِّكا، مهام ممثل الإعسار التي يجوز أن يؤديها المدين المتملِّك.

---

(7) يمكن أن تشمل المعلومات التي يقدمها المدين معلومات توجد تحت سيطرته ويملكها هو أو طرف ثالث؛ أمّا المعلومات عن المدين فيمكن أن يقدمها الدائنون ومؤسسات مالية وآخرون.

(8) تجدر الاشارة إلى أنّ هذا الخيار يقوم على بنية قضائية معدَّة جيِّدا وعلى تطبيق تدابير حمائية لتنحية المدين في ظروف معيَّنة. (للاطلاع على مناقشة أكثر تفصيلا، انظر الفقرات ١٦-١٨، أعلاه).

جزاءات عدم امتثال المدين لالتزاماته (الفقرتان ٣٢ و ٣٣)

١١٤– ينبغي أن يأذن قانون الإعسار بفرض جزاءات تطبّق في حال عدم امتثال المدين للالتزامات الواقعة عليه بموجب قانون الإعسار.

باء– ممثل الإعسار

١– مقدّمة

٣٥– تشير قوانين الإعسار إلى الشخص المسؤول عن إدارة إجراءات الإعسار بعدد من الألقاب المختلفة، منها "المديرون" و"المستعهدون" و"مأمورو التصفية" و"المشرفون" و"الحراس القضائيون" و"الأوصياء" و"المديرون الرسميون" أو "القضائيون" و"المفوضون". وقد استُخدم مصطلح "ممثل الإعسار" في هذا الدليل للإشارة إلى الشخص المضطلع بطائفة المهام التي يمكن أداؤها بالمعنى العريض دون تمييز بين تلك المهام المختلفة في مختلف أنواع الإجراءات. ويمكن أن يكون ممثل الإعسار فردا كما يمكن أن يكون، في بعض الولايات القضائية، شركة أو كيانا قانونيا آخر مستقلا. وكيفما عُيّن ممثل الإعسار ، فإنّه يؤدي دورا رئيسيا في التنفيذ الفعّال والكفؤ لقانون الإعسار، ولــه صلاحيات معيّنة على المدينين وموجوداتهم وعليه واجب حماية تلك الموجودات وقيمتها، وكذلك مصالح الدائنين والعاملين، وضمان تطبيق القانون بفعالية ونزاهة. ومن ثم، فإنّ من الأساسي أن تتوفّر في ممثل الإعسار المؤهلات المناسبة وأن تكون لديه المعرفة والتجربة والصفات الشخصية التي تكفل لا تسيير الإجراءات على نحو فعّال وناجع فحسب، بل ووجود ثقة في نظام الإعسار أيضا.

٢– المؤهلات

٣٦– قد تختلف المؤهلات التي يشترط توفّرها في الشخص الذي يمكن تعيينه ممثلا للإعسار باختلاف تصميم قانون الإعسار فيما يتعلق بدور ممثل الإعسار (بما في ذلك ما إذا كانت الإجراءات خاصة بالتصفية أو بإعادة التنظيم) ودرجة إشراف المحكمة على ممثل الإعسار (وعلى إجراءات الإعسار بوجه عام). وهي قد تختلف أيضا باختلاف عملية التعيين (انظر الفقرات ٤٤–٤٧، أدناه). وإذا كان قانون الإعسار ينص على تعيين مسؤول حكومي ممثلا للإعسار، فإنّ المؤهلات المحدَّدة التي ترد مناقشتها أدناه لا تنطبق عموما على ذلك التعيين (وإن جاز أن تنطبق على توظيف المسؤول من قبل الوكالة الحكومية).

٣٧- وعند تقرير المؤهلات المطلوب توافرها لدى الشخص المراد تعيينه ممثلا للإعسار، من المستصوب تحقيق توازن بين الشروط الصارمة التي تؤدي إلى تعيين شخص عالي المؤهلات، ولكنها قد تحدُّ كثيرا من عدد المتخصصين الفنيين الذين يعتبرون متمتعين بالمؤهلات المناسبة وتضيف بذلك إلى تكاليف الإجراءات، من جهة، والشروط المتدنية إلى حد لا يتسنى معه تأمين جودة الخدمة المطلوبة، من جهة أخرى. وعند الافتقار إلى المتخصصين المهنيين ذوي المؤهلات المناسبة، يمكن أن يصبح الدور المسند إلى المحكمة في تعيين ممثل الإعسار والإشراف عليه عاملا هاما في تحقيق هذا التوازن المطلوب.

(أ) ممثل الإعسار المؤقت

٣٨- عندما تعيّن المحكمة ممثل إعسار على أساس مؤقت قبل بدء إجراءات الإعسار، فهي التي تحدد عادة صلاحيات ذلك الشخص ومهامه. وطالما كانت تلك الصلاحيات والمهام مطابقة لصلاحيات ومهام ممثل الإعسار المعيّن بعد بدء إجراءات الإعسار، فينبغي أن يكون ممثل الإعسار المؤقت متساويا في المؤهلات وكذلك في المسؤولية ومعدلات الأجر مع الممثل المعيّن بعد بدء الإجراءات.

(ب) المعرفة والخبرة

٣٩- إنّ التعقّد الذي يتسم به الكثير من إجراءات الإعسار يجعل من المستصوب جدا أن يكون ممثل الإعسار مؤهلا تأهلا مناسبا من حيث إلمامه بالقانون (لا بقانون الإعسار فحسب، بل وبالجوانب المناسبة من القانون التجاري والمالي والمتصل بقطاع الأعمال أيضا) وأن تكون لديه، فضلا عن ذلك، خبرة وافية في المسائل التجارية والمالية، بما في ذلك المحاسبة. وسيكون ممثل الإعسار مطالبا بإثبات كفاءته في الاضطلاع بالمهام المنوطة به في طائفة من الحالات والظروف المختلفة التي من المحتمل أن يكون متنازعا عليها، في كل من إجراءات التصفية وإعادة التنظيم، عندما يكون من المحتمل أن يفرض قانون الإعسار آجالا زمنية، وعندما يقتضي الأمر إقامة توازن بين المتطلبات التجارية والاعتبارات القانونية، وعندما تكون هناك حاجة إلى خدمة مصالح آخرين كالدائنين وربما المصلحة العامة. وإذا تطلّب الأمر المزيد من المعرفة المتخصصة في حالة معيّنة، فمن الممكن دائما أن يوفّرها خبراء يؤجّرون لهذا الغرض. ويقضي بعض قوانين الإعسار أيضا بأن يكون لدى الشخص الذي سيعيّن ممثلا للإعسار في حالة معيّنة الخبرة الفنية والمهارات المناسبة لتلك الحالة، كأن تكون

له مثلا معرفة بالأعمال الخاصة التي يضطلع بها المدين وبموجوداته وبنوع السوق التي يمارس فيها أعماله.

(ج) ضمان توفّر المؤهلات المناسبة

٤٠– تُتَّخذ نُهُج مختلفة لضمان توفّر مؤهلات مناسبة لدى ممثل الإعسار، منها اشتراط توافر مؤهلات مهنية معيَّنة وأداء امتحانات؛ وحيازة ترخيص عندما يكون نظام الترخيص خاضعا لسلطة حكومية أو نقابة مهنية؛ وحضور دورات تدريبية متخصصة واجتياز امتحانات الشهادة؛ وشرط التمتع بمستويات معيَّنة من الخبرة (التي تحدَّد عامة بعدد سنواتها) في المجالات ذات الصلة، ومنها مثلا الشؤون المالية والتجارة والمحاسبة والقانون، وفي تسيير إجراءات الإعسار. وقد تكون هناك أيضا اشتراطات أخرى بشأن التعلم المهني المتواصل لضمان الإلمام بالتطورات الجارية في المجالات ذات الصلة من القانون والممارسة. وكثيرا ما تعالج النظم التي تشترط توفّر شكل ما من أشكال الترخيص أو التأهّل المهني والعضوية في النقابات المهنية مسألتي الإشراف والانضباط أيضا، وقد يخضع ممثل الإعسار للوائح تنظيمية تفرضها المحكمة أو نقابة مهنية أو هيئة منظمة للشركات أو هيئة أخرى بمقتضى تشريعات أخرى غير قانون الإعسار. ويتّسم عدد من هذه النظم بالتعقُّد نسبيا، والنظرُ فيها بأيّ درجة من التفصيل إنما يقع خارج نطاق هذا الدليل التشريعي.

(د) السمات الشخصية

٤١– بالإضافة إلى شرط تمتُّع ممثل الإعسار بالمعرفة والخبرة، قد يكون من المستصوب أيضا أن يكون متمتعا بسمات شخصية معيّنة، كالاستقامة والنزاهة والاستقلال وحسن التدبير. وقد تقتضي سمة النزاهة أن يكون ممثل الإعسار متحليا بسمعة لا غبار عليها وألا يكون لديه سجل جنائي أو سجل مخالفات مالية، أو، في بعض الدول، ألا يكون قد شكا من إعسار سابقا أو نُحي من وظيفة في الإدارة العمومية. ويكفي عموما حصول أي حدث من هذا القبيل لتجريد المرشح من أهليته في التعيين.

(هـ) تنازع المصالح

٤٢– ثمة عنصر أساسي من هذه السمات الشخصية وهو أن يكون ممثل الإعسار قادرا على أن يثبت تجرده من المصالح المكتسبة، سواء أكانت ذات طابع اقتصادي أم أسري أم غير ذلك. ولذلك الغرض، من المستصوب أن يفرض قانون الإعسار التزاما بإفشاء حالات تنازع

المصالح الموجودة أو المحتملة، بحيث ينطبق ذلك الالتزام على الشخص الذي يُقترَح تعيينه ممثل إعسار في بدء الإجراءات وعلى الشخص الذي يعيَّن بشكل متواصل طوال الإجراءات. وينبغي أن يحدّد القانون لمن ينبغي الإفشاء، وهذا يتوقف على الإجراء المتبع لاختيار ممثل الإعسار وتعيينه. أمّا الظروف التي تمثل تنازعا للمصالح فهي تتباين بتباين القوانين، شأنها في ذلك شأن النتائج المترتبة على الكشف عن وجود تنازع عند بدء الإجراءات أو اكتشاف ذلك في مرحلة لاحقة.

٤٣- ويمكن أن ينشأ تنازع المصالح، مثلا، من عدد من العلاقات السابقة أو القائمة بالمدين. فامتلاك المنشأة المدينة في وقت سابق، ووجود علاقة تجارية سابقة أو قائمة بالمدين (ومن ذلك أن يكون الشخص المعني طرفا في معاملة مع المدين يمكن أن تخضع لتحقيق في إجراءات الإعسار وأن يكون ذلك الشخص دائنا أو مدينا للمدين)، ووجود علاقة بدائن للمدين، ووجود التزام سابق كممثل للمدين أو موظف لديه، والعمل سابقا مراجعا لحسابات المدين، ووجود علاقة بمنافس للمدين، يمكن أن تكون كلها كافية لإثبات وجود تنازع في المصالح. وفي بعض الدول، يحول ذلك التنازع في المصالح دون تعيين الشخص المعني ممثلا للإعسار، أو يؤدي إلى تجريد الشخص الذي تم تعيينه من الأهلية لمواصلة القيام بذلك الدور. وفي دول أخرى، يجوز مع ذلك تعيين الشخص شريطة أن يكون قد كشف عن تنازع المصالح على أساس أن ذلك يدعم نزاهة ذلك الشخص وأنه يمكن تقييم أي حياد أو افتقار إلى الاستقلالية استنادا إلى الظروف التي كُشف عنها. وبغية زيادة الشفافية وقابلية التنبؤ والنزاهة في نظام الإعسار، من المستصوب أن يحدّد قانون الإعسار درجة العلاقة التي يمكن أن ينجم عنها هذا التنازع في المصالح، بما في ذلك تحديد العلاقات التي من شأنها أن تجرّد الشخص من التأهل للتعيين. ويُترك للمحاكم عموما أن تبت فيما إذا كان أم لم يكن هناك تنازع للمصالح أو أساس لإثبات عدم الاستقلالية في حالة معيّنة.

٣- اختيار ممثل الإعسار وتعيينه

٤٤- تعتمد قوانين الإعسار عددا من النهُج المختلفة في اختيار ممثل الإعسار وتعيينه. وتتمثل الخطوة الأولى في تحديد مجموعة من المرشحين الذين يُحتَمَل تعيين أحدهم. ويمكن اختيار ممثل الإعسار من بين عدد من الخلفيات المتباينة، كأن يكون من بين صفوف قطاع الأعمال أو من بين موظفي إحدى الوكالات الحكومية المتخصصة أو من بين فريق خاص من الأشخاص ذوي المؤهلات (وهم في الغالب محامون أو محاسبون أو فنيون آخرون). وتنص قوانين الإعسار في بعض الولايات القضائية على تعيين مسؤول حكومي محدد (تطلَق عليه

ألقاب مختلفة منها "المستعهد الرسمي" و"الحارس القضائي" و"المنتدب الرسمي") تعيينا آليا في كل قضايا الإعسار أو في أنواع معيَّنة منها. وفي دول كثيرة، لابد أن يكون ممثل الإعسار شخصا طبيعيا، لكن بعض الدول تنص فعلا على أنه يجوز أيضا تعيين شخص اعتباري، وذلك رهنا بشروط معيّنة منها أن يكون الأفراد الذين سيضطلعون بالعمل نيابة عن الشخص الاعتباري مؤهلين بشكل مناسب وأن يخضع الشخص الإعتباري ذاته لرقابة تنظيمية.

(أ) الاختيار والتعيين من قِبل المحكمة

٤٥- الخطوة الثانية هي تحديد العملية الإجرائية المتبعة في تعيين ممثل إعسار من بين مجموعة من المرشحين. ففي العديد من الولايات القضائية، تتولّى المحكمة اختيار ممثل الإعسار وتعيينه والإشراف عليه. ويمكن أن يُجرى هذا الاختيار بالرجوع إلى قائمة بالفنيين ذوي المؤهلات المناسبة حسب تقدير المحكمة، كما يمكن أن يُجرى ذلك بالرجوع إلى نظام الكشوف أو المناوبات أو إلى وسائل أخرى، كالتزكية من الدائنين أو المدين. ولئن كان نظام الكشوف يكفل توزيع القضايا بإنصاف ودون تحيّز، فمن مثالبه أنه قد لا يكفل تعيين أفضل شخص مؤهل لتسيير شؤون القضية المحدّدة. وهذا قد يتوقف، طبعا، على طريقة إعداد قائمة الكشف وعلى المؤهلات التي يشترط توافرها لدى الفنيين في مجال الإعسار حتى يتسنى إدراجهم في تلك القائمة. وقد لا يعتبر ذلك مسألة هامة عندما لا يكون لدى الحوزة موجودات بالقدر الكافي لتمويل تكاليف الإدارة.

(ب) هيئات التعيين المستقلة

٤٦- في بعض الولايات القضائية، يقوم مكتب مستقل أو مؤسسة مستقلة يكونان مكلّفين بالتنظيم العام لمهام جميع ممثلي الإعسار باختيار ممثل الإعسار بناء على توجيه من المحكمة بالقيام بذلك. وقد تكون لهذا النهج حسنة السماح لهيئة التعيين المستقلة بالاختيار من بين فنيين لديهم الخبرة الفنية والمعرفة اللازمتان للتعامل مع ظروف قضية معيّنة، بما في ذلك طبيعة العمل التجاري للمدين أو الأنشطة الأخرى التي يضطلع بها؛ أو نوع الموجودات؛ أو السوق التي يعمل أو عمل فيها المدين؛ أو المعرفة الخاصة المطلوبة لفهم شؤون المدين؛ أو أيّ ظرف خاص آخر. ومن البديهي أن يتوقف استخدام هيئة تعيين مستقلة على وجود هيئة أو مؤسسة مناسبة لديها كل من الموارد والبنية التحتية اللازمة لأداء المهام المطلوبة أو أن يقتضي ذلك إنشاء هيئة أو مؤسسة من هذا القبيل.

(ج) دور الدائنين

٤٧- هناك نهج آخر يسمح للدائنين بأداء دور في تزكية واختيار ممثل الإعسار الذي سيجري تعيينه، شريطة أن يكون ذلك الشخص مستوفيا المؤهلات اللازمة للعمل في القضية المحدّدة. وقد يكون لكل من هذا النهج والنهج الذي يعتمد على هيئة التعيين المستقلة فائدة تجنّب الاعتقاد بوجود تحيّز والمساعدة على تخفيف عبء الإشراف الملقى على عاتق المحاكم. ويوجد نهج مختلف يسمح للمدين بتعيين ممثل الإعسار في الحالات التي يبدأ فيها المدين نفسه إجراءات إعادة التنظيم. ويسمح هذا النهج بعقد مناقشات بين المدين وأطراف أخرى، كالدائنين المضمونين، قبل بدء الإجراءات لإطلاع الممثل المحتمل على أعمال المنشأة، كما إنه يسمح للمدين بأن يختار ممثل الإعسار الذي يرى أنه أفضل من يستطيع إدارة عملية إعادة التنظيم. ولكن، قد تثار بعض الشواغل المتعلقة باستقلال ممثل الإعسار في تلك الظروف. ويمكن معالجة هذه الشواغل بالسماح للدائنين، في الظروف المناسبة، بالاستعاضة عن ممثل الإعسار المعيّن من قبل المدين بغيره.

٤- مراقبة ممثل الإعسار

٤٨- إضافة إلى اشتراطي المؤهلات والسمات الشخصية المنطبقين على التعيين، يمكن أن تحصل مراقبة لأداء ممثل الإعسار مهامه (وإثبات تحلّيه بالسمات الآنفة الذكر)، فيما يتعلق بحالات فردية من خلال تصميم قانون الإعسار والأدوار المسندة إلى المشاركين. وتعتمد قوانين الإعسار نُهجا متنوعة، مثلا، إزاء العلاقة بين ممثل الإعسار والمحكمة، وبوجه خاص إزاء تحديد الخطوط الفاصلة بين مسؤولياتهما، وكذلك إزاء الدور الذي يمكن أن يقوم به الدائنون بشأن مراقبة قرارات معيّنة يتخذها ممثل الإعسار وبشأن مسائل أخرى كأجر ممثل الإعسار وحتى تنحيته من المنصب. وبما أنّ لدى ممثل الإعسار عادة معظم المعلومات المتعلقة بحالة المدين، فهو كثيرا ما يكون في أفضل وضع لاتخاذ قرارات مستنيرة بشأن تسيير إجراءات الإعسار. ولكن ذلك لا يعني أنّ بإمكان ممثل الإعسار أن يعمل كبديل للمحكمة. فقد يكون من اللازم إشعار المحكمة أو الدائنين قبل أن يتخذ ممثل الإعسار قرارات معيّنة، وقد يكون ممثل الإعسار ملزما بتقديم تقرير إلى المحكمة وإلى الدائنين بانتظام أو فيما يخص أنشطة معيّنة، والمحكمة ملزمة بوجه عام أن تفصل في المنازعات الناشئة في سياق سير الإجراءات وكثيرا ما تكون موافقتها لازمة في عدد من مراحل الإجراءات. وهناك، حتى في الدول التي تؤدي فيها المحكمة دورا محدودا بقدر أكبر في إجراءات الإعسار، حد لمقدار الصلاحيات التي تناط عادة بممثل الإعسار.

٥– واجبات ممثل الإعسار ومهامه

٤٩– تحدد قوانين الإعسار في كثير من الأحيان الواجبات والمهام التي يتعيّن على ممثل الإعسار أداؤها في الإجراءات، ومن الهام أن يزوّد قانون الإعسار ممثل الإعسار بالصلاحيات اللازمة للنهوض بهذه الواجبات والمهام على نحو ناجع وفعال. ويمكن أن تشمل واجبات ممثل الإعسار ومهامه فيما يتعلق بإدارة الإجراءات والحفاظ على الحوزة وحمايتها، بوجه عام، تلك المبيَّنة أدناه (مع أنّ هذه القائمة لا يُقصد بها أن تكون شاملة، وأنّ مهام مختلفة قد تتداخل في بعض الحالات أو قد لا تكون مناسبة بسبب الشكل الذي صُمم به قانون الإعسار)، وقد يكون بعضها أوثق صلة بالتصفية مما هو بإعادة التنظيم:

(أ) الأخذ على الفور بزمام السيطرة على الموجودات التي تتكون منها حوزة الإعسار وعلى سجلات المدين التجارية؛

(ب) تمثيل حوزة الإعسار؛

(ج) الحصول على تمويل بعد بدء الإجراءات؛

(د) ممارسة حقوق لصالح حوزة الإعسار فيما يتعلق بالإجراءات القضائية أو التحكيمية أو الإدارية الجارية؛

(هـ) الحصول على معلومات عن المدين وموجوداته والتزاماته وما قام به من معاملات سابقة (لا سيما المعاملات المنفذة خلال فترة الاشتباه)، بما في ذلك استجواب المدين وأي شخص ثالث كانت له معاملات مع المدين؛

(و) اتخاذ كل الخطوات اللازمة لحماية وحفظ موجودات حوزة الإعسار ومنشأة المدين، بما في ذلك منع التصرف غير المأذون في تلك الموجودات وممارسة صلاحيات الإبطال؛

(ز) تسجيل حقوق الحوزة (عندما يكون التسجيل ضروريا لإثبات حقوق الحوزة إزاء المشترين الحسني النية)؛

(ح) تعيين المحاسبين والمحامين وغيرهم من الفنيين الذين قد يلزمون لمساعدة ممثل الإعسار في أداء مهامه، ودفع أجورهم؛

(ط) فحص العقود التي لم تؤَدَّ بالكامل من أجل تقرير مواصلة أدائها أو رفضها؛

(ي) التعامل مع الموظفين وحقوقهم واستحقاقاتهم، بما فيها حقوقهم في الحصول على معاشات تقاعدية؛

(ك) تسييل موجودات حوزة الإعسار في حالة التصفية؛

(ل) التحقق من صحة المطالبات وقبولها والاحتفاظ بقائمة محدّثة من المطالبات التي تم التحقق منها وقبولها؛

(م) تقديم معلومات على أساس دوري إلى المحكمة وإلى الدائنين تبيّن سير الإجراءات بالتفصيل. وينبغي أن تشمل تلك المعلومات، على سبيل المثال، تفاصيل الموجودات التي بيعت خلال الفترة المعنيّة والأسعار التي بيعت بها ومصروفات البيع والمعلومات التي قد تحتاج إليها المحكمة أو يعقل أن تحتاج إليها لجنة الدائنين؛ والمبالغ المقبوضة والمنفقة؛ والموجودات المتبقية التي يتعيّن إدارتها؛

(ن) حضور اجتماعات الدائنين؛

(س) مواصلة تشغيل وإدارة المنشأة في إعادة التنظيم وفي التصفية عندما يكون من المقرر بيعها كمنشأة عاملة؛

(ع) في سياق إعادة التنظيم، إعداد خطة لإعادة التنظيم أو تقرير يبيّن أسباب تعذُّر إعادة التنظيم (عندما يكون ممثل الإعسار مكلَّفا بتنفيذ هذه المهمة) أو المساعدة على إعدادهما؛

(ف) الإشراف على الموافقة على خطة إعادة التنظيم، وعلى تنفيذها إذا لزم الأمر؛

(ص) توزيع عائدات تسييل الحوزة في إطار التصفية وإغلاق الحوزة بسرعة وكفاءة وبما يتفق على أفضل وجه مع مصالح مختلف أطراف القضية؛

(ق) تقديم تقرير ختامي وكشف محاسبي إلى المحكمة أو إلى الدائنين، حسب الاقتضاء، عن إدارة حوزة الإعسار؛

(ر) أي مسائل أخرى قد يحيلها الدائنون أو المحكمة إلى ممثل الإعسار.

٥٠- وبالإضافة إلى هذه الواجبات والمهام المحددة، كثيرا ما تفرض قوانين الإعسار بعض الالتزامات العامة على ممثل الإعسار. وهي قد تشمل الالتزام بزيادة قيمة حوزة الإعسار إلى أقصى حد وحماية موجوداتها، وواجب الحصول على أفضل سعر يعقل الحصول عليه من بيع موجودات الحوزة.

٥١- وعندما تشمل عملية إعادة التنظيم مدينا متملكا ولا يعيَّن ممثل إعسار، يتولى المدين أداء العديد من المهام الآنفة الذكر، مع ممارسة المحكمة أو الدائنين درجات مختلفة من الإشراف.

٦- السرّية

٥٢- لقد أشير أعلاه إلى ضرورة فرض التزام بالسرّية على المدين. وقد يكون من المناسب أيضا أن يفرض قانون الإعسار واجب الالتزام بالسرّية على ممثل الإعسار لأنّ معلومات كثيرة يُحصَل عليها فيما يتعلق بشؤون المدين هي ذات طابع حساس من الناحية التجارية أو هي سرية أو خاضعة لالتزامات مستحقة لأشخاص آخرين (كالأسرار التجارية ومعلومات البحث والتطوير والمعلومات عن الزبائن) ولا ينبغي الكشف عنها لأطراف ثالثة قد تكون في وضع يسمح لها باستغلالها على نحو غير منصف. وعندما يتقّرر كشف المعلومات للدائنين، ينبغي أن يفرض على هؤلاء الدائنين الالتزام ذاته بالسرّية الذي هو مفروض على ممثل الإعسار. وقد تكتسي مراعاة السرّية أهمية خاصة عندما يكون لدى ممثل الإعسار صلاحية الإجبار على كشف المعلومات والمستندات في معرض استجواب المدين. وقد يأتي بعض هذه المعلومات من أطراف ثالثة ويكون خاضعا لأحكام بشأن حماية الخصوصية ولأحكام بشأن السرّية كتلك المنطبقة على المصارف. ومن المستصوب ألا يسمح لممثل الإعسار باستخدام تلك المعلومات إلا لأغراض إجراءات الإعسار التي يكون هذا الاستجواب مسموحا في إطارها، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك. وقد تسري هذه المسألة أيضا على توفير المعلومات والحصول عليها في سياق الإجراءات الجنائية المقامة على المدين. وينبغي أن ينطبق التزام مماثل بالسرّية على وكلاء ممثل الإعسار وموظفيه (انظر الفقرة ٦٦، أدناه) وعلى أطراف أخرى وفقا لما تأمر به المحكمة (بما فيها الدائنون، انظر الفقرة ١١٥، أدناه).

٧- أجر ممثل الإعسار

(أ) تقرير المبلغ

٥٣- إضافة إلى ردّ المصروفات الفعلية المتكبدة أثناء إدارة الحوزة، يحق لممثل الإعسار تقاضي أجر نظير خدماته. وينبغي أن يكون هذا الأجر متناسبا مع مؤهلات ممثل الإعسار والمهام المطلوب منه أداؤها وأن يحقق توازنا بين المجازفة والمكافأة من أجل اجتذاب فنيين متمتعين بالمؤهلات المناسبة. وتُستخدَم عدة طرائق لحساب هذا الأجر. فقد يتحدد بالرجوع إلى جدول مقرر للأتعاب تضعه وكالة حكومية أو نقابة مهنية؛ أو يحدّد من قبل هيئة عامة للدائنين أو المحكمة أو هيئة أخرى من الهيئات الإدارية أو هيئة تحكيمية في حالة معيَّنة؛ أو بالاستناد إلى الوقت الذي أنفقه على نحو مناسب ممثل الإعسار (والفئات المختلفة من الأشخاص الذين يرجّح أن يعملوا على إدارة الإعسار، من الموظفين المكتبيين إلى المسؤول الرئيسي المعيّن لهذا الغرض) في إدارة الحوزة؛ أو يمكن تحديده بناء على نسبة مئوية من قيمة موجودات الحوزة التي سُيِّلت أو وُزّعت أو من كلتيهما معا (وهي تحسب في نهاية الإجراءات عندما تكون الموجودات قد بيعت وحُددت قيمتها). وقد تكون هذه نسبة مئوية ثابتة وتشمل تدبيرا تحوّطيا للزيادة أو التخفيض وفقا للحالة المعيّنة. وفي كل حالة من هذه الحالات، ينص قانون الإعسار عموما على إمكانية القيام بمزيد من التحريات لدى ورود طلب إمّا من طرف ذي مصلحة وإمّا من ممثل الإعسار ذاته، وهذا يتوقف على طريقة الحساب. وسيكون هذا النهج هاما لضمان الشفافية. ولكن، من الهام في الوقت ذاته تجنب الوقوع في حالة يستطيع فيها الطرف الذي له حق اتخاذ القرار النهائي أن يؤثر في سير الإجراءات.

'١' النظم المستندة إلى الوقت المنفق

٥٤- من مزايا الأسلوب المستند إلى الوقت المنفق أنه كثيرا ما يكون هناك في البداية قدر كبير من عدم اليقين بشأن مدى تعقّد إدارة معيّنة ومدى كثافة الموارد التي تحتاج إليها، وذلك على الأقل إلى أن يتم تنفيذ بعض الأعمال التمهيدية. ومن مثالب هذا الأسلوب أنه على الرغم من احتمال تشجيعه على القيام بإدارة شديدة الدقة، فقد يعمل في بعض الحالات كحافز على زيادة الوقت المنفق في الإدارة إلى أقصى حد دون أن يسفر ذلك بالضرورة عن مردود متناسب من القيمة لصالح الحوزة.

'٢' النظم المستندة إلى العمولة

٥٥- من مزايا نظام العمولة، من وجهة نظر الدائنين على الأقل، أنّ بعض الموجودات المستردة على الأقل، إن لم يكن معظمها، ستوزّع عليهم. ولكنه قد يكون من وجهة نظر ممثل الإعسار أسلوبا حسابيا مشكوكا في صحته لأنّ كمية العمل المنفق في الإدارة ليست بالضرورة متناسبة مع قيمة الموجودات المتاحة للتوزيع. وهو قد يشجّع أيضا على اتباع نهج قائم على مبدأ تحقيق "أقصى مردود بأدنى تكلفة" ولا يوفّر حافزا يذكر على الاضطلاع بمهام لا تتصل مباشرة بزيادة عائدات الدائنين، كالتزامات تقديم التقارير إلى المحكمة وإلى الدائنين ومساعدة الهيئات الرقابية في تحقيقاتها في شؤون المدين وفي احتمال سوء تصرفه. وهذه الطريقة الحسابية يمكن أن تؤدي أيضا، في حالات كثيرة جدا، إلى دفع رسوم طائلة من قيمة الحوزة، وهذا من شأنه أن يثني كلا من الدائن والمدين عن تقديم طلباتهما.

'٣' مشاركة الدائنين

٥٦- قد يكون مطلوبا من الدائنين (أو من لجنة الدائنين) في بعض الدول أداء دور في تحديد الأجر أو الموافقة عليه، مع مراعاة عوامل يذكر منها تعقّد الحالة وطبيعة مسؤوليات ممثل الإعسار ودرجتها ومدى الكفاءة التي نُفِّذت بها، فضلا عن قيمة موجودات الحوزة وطبيعتها. وقد تساعد مشاركة الدائنين على التغلب على بعض الصعوبات المشروحة أعلاه، إذ سيكون الدائنون أكثر إدراكا للمسائل ذات الصلة وستكون لديهم فرصة المشاركة في تحديد الأجر والموافقة عليه. ويمكن أيضا استعراض الأجر دوريا أثناء سير الإجراءات ومعالجة أي مشاكل عند نشوئها وحلها، ربما بالتحكيم أو بشكل آخر من أشكال حل المنازعات بين ممثل الإعسار والدائنين. وينبغي الحرص على تفادي الحالة التي يمكِّن فيها الحق في اتخاذ القرار الأخير أحدَ الأطراف من التأثير دون وجه حق في سير الإجراءات.

٥٧- ومن المستصوب جدا أن ينشئ قانون الإعسار آلية لتحديد أجر ممثل الإعسار تكون واضحة وشفافة بما يكفي لتجنب المنازعات وتوفير قدر من اليقين بشأن تكاليف إجراءات الإعسار. وكيفما حسب أجر ممثل الإعسار، من المستصوب أيضا أن يعترف قانون الإعسار بأهمية إيلاء دفع ذلك الأجر الأولوية.

(ب) وسائل الدفع

٥٨- كثيرا ما يكون دفع أجر ممثل الإعسار مصدر شكوى من الدائنين غير المضمونين؛ فأشيع مصادر الأموال توافرا غالبا ما تكون هي الموجودات غير المرهونة، وقد يسفر دفع الأجر عن عدم بقاء أي شيء لتوزيعه على أولئك الدائنين. ولئن كان من الإجحاف الاستنتاج بأن تكاليف الإدارة كانت زائدة عن الحد لمجرّد أنها تجاوزت قيمة الموجودات غير المرهونة المتاحة لسداد تلك التكاليف، فإنّ تواتر الحالات التي يرى فيها الدائنون غير المضمونين أنّ معظم الموجودات المتاحة، إن لم يكن كلها، قد استخدم لتغطية تكاليف الإدارة، والشعور بعدم الإنصاف فيما يتعلق بالتكلفة الكلية للإدارة مقارنة بقيمة الموجودات المستردة، إنما يشيران إلى ضرورة دراسة هذه المسألة دراسة متأنية. ويمكن اتباع نُهج مختلفة إزاء دفع أجر ممثل الإعسار. فعلى سبيل المثال، إذا كانت الحوزة تحتوي على موجودات غير مرهونة في سياق الإعسار، أمكن دفع الأجر من تلك الموجودات؛ أو فرض رسم إضافي على الموجودات لدفع تكاليف إدارة تلك الموجودات أو بيعها إذا كانت تلك الإدارة أو ذلك البيع في صالح الدائنين؛ أو أيضا فرض رسم إضافي على الدائنين الذين يقدمون طلبا بشأن بدء إجراءات الإعسار من أجل تغطية التكاليف الأولية وأداء المهام الإدارية الأساسية على الأقل؛ أو إخضاع الموجودات المرهونة لدفع قسط تناسبي أو محدد من الأجر. وثمة نهج آخر يتمثل في دفع أجر ممثل الإعسار من صندوق تمسكه الدولة لذلك الغرض، وهو نهج يمكن أن يكون مناسبا بوجه خاص عندما لا تتوفّر لدى المدينين موجودات كافية لسداد تكاليف إدارة الحوزة (انظر الفقرات ٧٢-٧٥ من الفصل الأول).[(٩)]

(ج) إعادة النظر في الأجر

٥٩- رهنا بالأسلوب الذي يقرّر به أجر ممثل الإعسار، قد يكون من المستصوب النص على عملية إجرائية بشأن إعادة النظر في الأجر من أجل معالجة استياء ممثل الإعسار نفسه أو استياء الدائنين. وفي الحالات التي يتقرّر فيها الأجر في اجتماع للدائنين، تكون للمحكمة عادة سلطة إعادة النظر في المبلغ بناء على طلب مقدّم من ممثل الإعسار أو من نسبة مئوية محددة أو عدد محدد من الدائنين، كأن يمثل هؤلاء الدائنون ١٠ في المائة من رأس المال

(9) يمكن تمويل هذا الصندوق بعدد من الوسائل منها، على سبيل المثال، المبالغ التي يسددها مديرو المنشآت المدينة التي تجري تصفيتها، أو زيادة رسوم إيداع طلبات الإعسار، أو اشتراط إيداع كل الأموال المحققة في عملية تصفية في حساب مشترك مع إيداع الفائدة في الصندوق، أو فرض رسوم على إيداع العائدات السنوية للشركات.

السهمي المكتتب أو أن يكون مستحقا لهم ما لا يقل عن ١٠ في المائة أو ٢٥ في المائة من مجموع الديون. وعندما تقوم المحكمة منذ البداية بتقرير هذا الأجر تتباين النهُج المتبعة؛ فبعض القوانين يجيز لممثل الإعسار حق استئناف ذلك القرار وبعضها الآخر لا يجيز له ذلك؛ كما ينص بعض قوانين الإعسار على عدم جواز تقدم المدين بطلب لإعادة النظر. وفي الحالات التي يشترط فيها أن يكون ممثل الإعسار عضوا في منظمة مهنية أو أن يكون مرخصا، قد يكون أيضا لدى المنظمة المهنية أو هيئة الترخيص صلاحيات فيما يتعلق بإعادة النظر في الرسوم التي يطلبها أعضاؤها وقد توفّر آليات غير رسمية لحل المنازعات.

٨– مسؤولية ممثل الإعسار

٦٠– إنّ معيار العناية الذي ينبغي أن يأخذ به ممثل الإعسار ومسؤوليته الشخصية عنصران هامان في تسيير إجراءات الإعسار. ويتطلّب إرساء مقياس للعناية والاجتهاد والمهارة التي يتعين أن ينفذ بها ممثل الإعسار واجباته ومهامه أن تؤخذ في الاعتبار الظروف الصعبة التي يجد ممثل الإعسار نفسه فيها عند قيامه بواجباته وموازنة تلك الظروف بسداد مستوى مناسب من الأجر وبالحاجة إلى اجتذاب أشخاص مؤهلين للعمل كممثلين للإعسار. ومن المستصوب تحقيق توازن أيضا بين معيار يكفل أداء ممثل الإعسار واجباته بكفاءة ومعيار من التشدد بدرجة تسفر عن إقامة دعاوى على ممثل الإعسار وتزيد من تكاليف خدماته. وسيكون من الضروري أيضا أن يأخذ قانون الإعسار في الحسبان أنّ مسؤولية ممثل الإعسار يمكن أن تشمل في كثير من الأحيان تطبيق قانون خارج نطاق الإعسار أو، عندما يكون ممثل الإعسار عضوا في منظمة مهنية، تطبيق المعايير المهنية لتلك المنظمة.

٦١– وبمقتضى نظم قانونية كثيرة، سيكون ممثل الإعسار مسؤولا في دعوى مدنية عن الأضرار الناجمة عن سوء تصرفه أو مغايرته للقانون، مع أنّ نُهُجا مختلفة تتبع لتحديد المقياس المطلوب. وإلى حد ما، يتوقف المقياس المعتمد على كيفية تعيين ممثل الإعسار وطبيعة هذا التعيين (ما إذا كان ممارسا مستقلا أم موظفا حكوميا، مثلا). ويمكن أن يتمثل أحد هذه النهُج في إلزام ممثل الإعسار بالامتثال لمعيار لا يكون أكثر تشددا مما ينتظر أن ينطبق على المدين عند اضطلاعه بأنشطته التجارية العادية في حالة الملاءة المالية، أو على شخص متعقل في ذلك الوضع. ولكن بعض الدول قد يشترط معيار تعقل أعلى في هذه الحالة لأن ممثل الإعسار لا يتعامل بموجوداته الخاصة وإنما بموجودات مملوكة لشخص آخر. وتستند صيغة مختلفة إلى التوقع بأن يتصرف ممثل الإعسار بحسن نية لأغراض وجيهة. وقد يستند نهج آخر إلى معيار العناية الذي يتقرر على أساسه وقوع الإهمال.

٦٢- وقد يكون من وسائل معالجة مسؤولية التعويض عن الأضرار إلزام ممثل الإعسار بتقديم ضمان أو دفع تأمين لتغطية فقدان موجودات الحوزة أو التعويضات التي قد يتعين عليه دفعها نتيجة إخلاله بواجباته. ويشترط عدد من قوانين الإعسار دفع كل من الضمان والتأمين حيث يغطي الضمان نوعا من التعويضات ويغطي التأمين نوعا آخر، بينما لا تشترط قوانين إعسار أخرى سوى التأمين. وفي بعض الحالات، يتصل مقدار الضمان المطلوب بالقيمة الدفترية لموجودات حوزة الإعسار. وفي حالات أخرى يكون كل من قيمة الضمان المطلوب ومبلغ التغطية التأمينية المطلوبة مقررا في قواعد النقابة المهنية أو الهيئة التنظيمية ذات الصلة أو حتى في قانون الإعسار. ويمكن أن يتمثل موطن الاختلاف الآخر بين النهجين في الإجراء المتبع للقيام بمطالبة للحصول على تعويضات وفيما إذا كانت المطالبة بتعويضات من الضمان تختلف عن التي تتعلق بالتأمين. غير أنّ دفع ضمان أو الحصول على تأمين على المسؤولية الشخصية عن دفع تعويضات عن الأضرار ليس ممكنا في كل الدول وسوف تكون هناك حاجة إلى حلول أخرى. وقد يكون من المستصوب في تصميم حل هذه المسألة تحقيق توازن بين التحكم في تكاليف الخدمة التي يقدمها ممثلو الإعسار وتوزيع أخطار إجراءات الإعسار بين المشاركين عوضا عن إلقائها برمّتها على عاتق ممثل الإعسار استنادا إلى وجود تأمين على المسؤولية الشخصية عن دفع تعويضات عن الأضرار.

٦٣- وثمة مسألة أخرى بشأن المسؤولية وهي ما إذا كان ممثل الإعسار يتحمل مسؤولية شخصية عن الالتزامات التي يتكبدها في السياق المعتاد لإجراءات الإعسار، ولا سيما في إعادة التنظيم، ومنها مثلا تلك المتعلقة بالتشغيل المتواصل للمنشأة. ويمكن أن تتمثل مزايا اعتماد نهج يحمّل ممثل الإعسار شخصيا المسؤولية في أنه ينشئ يقينا لدى مورِّدي المدين ويمكن أن يكون بمثابة الكابح لتكبّد ديون. لكنه يمكن أن يكون في الوقت ذاته بمثابة عامل مثبط إذا كانت احتمالات المسؤولية الشخصية تتجاوز بقدر كبير الرسوم التي يمكن جنيها. وأحد الحلول هو جعل موجودات الحوزة فقط هي المشمولة بالمسؤولية، بدلا من الموجودات الشخصية لممثل الإعسار.

٦٤- وثمة مسألة أخرى من مسائل المسؤولية تتصل بمسؤولية ممثل الإعسار عن مخالفات المدين للقانون، وهذا يمكن أن يتوقف على مدى سيطرة ممثل الإعسار على أنشطة المدين. فبمقتضى بعض القوانين، يمكن تحميل ممثل الإعسار المسؤولية عن مخالفات المدين للقانون أثناء فترة سيطرته، ولكن ليس من المستصوب أن يحمّل ممثل الإعسار المسؤولية عن أفعال صادرة عن المدين، كالضرر البيئي، قبل تعيينه ممثلا للإعسار.

٦٥- وعندما تبدأ دعوى مقامة على ممثل الإعسار بصفته الرسمية تلك، قد يكون من الضروري النظر في تحديد المحكمة التي ستكون مختصة قضائيا للنظر في الدعوى. وتجنبا للريبة والإرباك، قد يكون من المستصوب ضمان أن تكون هي المحكمة ذاتها التي عيّنت ممثل الإعسار (إذا ما كان للمحكمة دور في تعيينات من هذا القبيل).

٩- وكلاء ممثل الإعسار وموظفوه

٦٦- يشترط بعض قوانين الإعسار حصول ممثل الإعسار على إذن من المحكمة لاستبقاء من قد يلزمه من محاسبين ومحامين ومثمّنين وغيرهم من الفنيين لمساعدته على النهوض بواجباته. وهناك قوانين أخرى لا تشترط الحصول على هذا الإذن. ومن المستصوب أن يقرّر قانون الإعسار بعض المعايير المتصلة بتوظيف هؤلاء الفنيين من حيث خبرتهم ومعارفهم وسمعتهم، فضلا عن ضرورة أن تعود خدماتهم بالنفع على الحوزة. وتسري شروط الكشف عن تنازع المصالح أو أيّ ظرف يمكن أن يسفر عن انعدام الاستقلالية كذلك على الفنيين الذين يستخدمهم ممثل الإعسار أو يقترح استخدامهم، كما تسري عليهم أيضا التزامات الحفاظ على السرّية.

(أ) المسؤولية عن التصرفات أو الإغفالات

٦٧- عندما تتكبد الحوزة خسائر ناجمة عن تصرفات وكلاء ممثل الإعسار وموظفيه، قد يحتاج قانون الإعسار إلى معالجة مسؤولية ممثل الإعسار عن تلك التصرفات. وينص بعض قوانين الإعسار على عدم مسؤولية ممثل الإعسار شخصيا إلا في حال عدم ممارسته قدرا مناسبا من الإشراف في أداء واجباته.

(ب) الأجور

٦٨- يمكن الأخذ بنهُج مختلفة إزاء دفع أجور الفنيين الذين يوظّفهم ممثل الإعسار. ويقضي بعض القوانين بتقديم طلب بشأن مبلغ الأجر إلى المحكمة وموافقة هذه الأخيرة عليه، بينما يمكن أن يتمثل نهج آخر في اشتراط موافقة الدائنين. ويمكن دفع أجور الفنيين دوريا أثناء الإجراءات أو يمكن أن يشترط عليهم الانتظار إلى حين الانتهاء من الإجراءات. وفيما يتعلق بكيفية دفع هذه الأجور، ينص بعض قوانين الإعسار على أن يدفع ممثل الإعسار أجر الفني ثم يلتمس استرداد المبلغ من الحوزة، بينما تنص قوانين أخرى على أن تكون للفني مطالبة إدارية إزاء الحوزة.

١٠- إعادة النظر في إدارة ممثل الإعسار

٦٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار بشكل صريح الدواعي التي تجيز للدائنين أن يشككوا إمّا في صحة قرارات ممثل الإعسار أو في كيفية إدارته للحوزة، وكذلك ماهية القرارات التي يجوز أن تخضع لذلك التشكيك. ويمكن تقسيم دواعي اتخاذ الدائنين إجراء ما في إطار القوانين الموجودة إلى فئتين رئيسيتين.

٧٠- أما الفئة الأولى فتضم القوانين التي تمنح الدائنين حقوقا معيّنة عندما يمكنهم أن يُثبِتوا أنّ ممثل الإعسار قد ارتكب إساءة ما. ويمكن أن تشمل تلك الإساءة عملا مخالفا للقانون فعلا، كاختلاس الأموال أو الموجودات أو الحصول على موافقة الدائنين بوسائل غير سليمة؛ أو خطأ إجرائيا، مثل عدم التماس الموافقة اللازمة من جانب الدائنين أو لجنة الدائنين أو عدم قيامه بفعل آخر يقتضيه القانون؛ أو إهمال ممثل الإعسار في أداء واجباته. وبعض النظم القانونية يجعل حق الدائن في الطعن في تصرفات ممثل الإعسار محصورا في بعض هذه الحالات، إن لم يكن كلها.

٧١- أما الفئة الثانية فتضم القوانين التي تنص، إلى جانب الدواعي المتعلقة في العادة بجريرة معيّنة، على أنه يمكن للدائنين أن يطعنوا (لدى المحاكم في العادة) في أيّ قرار أو فعل أو إغفال من جانب ممثل الإعسار يعارضونه أو لا يوافقون عليه منفردين أو مجتمعين. والأساس الذي تقوم عليه الدعوى الناجحة يتمثل عادة في أسباب مشابهة لتلك التي سبق ذكرها أعلاه، ولكن يمكن أن يشمل أيضا ما يثبت أنّ ذلك القرار أو الفعل أو الإغفال يتعارض مع مصالح الدائنين. وتفاديا لتعطيل إدارة الحوزة دون سبب وجيه، يمكن لقانون الإعسار أن يعتمد تقييدات مناسبة، مثل تكييف معيار الإثبات اللازم استيفاؤه لكي تؤيد المحكمة طلب الاستئناف المقدم من الدائنين، أو حماية جوانب معيّنة من إدارة الحوزة من الاستئناف.

٧٢- ومعظم القوانين يخوّل المحاكم عددا من الصلاحيات لدى إعادة النظر في إدارة حوزة الإعسار أو إنفاذ حقوق الدائنين الموضوعية. فعلى أحد المستويات، يمكن للمحكمة أن توعز إلى ممثل الإعسار بأن يتخذ إجراء معيّنا فيما يتعلق باعتراض الدائن أو أن يمتنع عن اتخاذ ذلك الإجراء. كما يمكن أن تكون للمحكمة صلاحيات لتأكيد قرارات ممثل الإعسار أو نقضها أو تعديلها أو لتنحية ممثل الإعسار بناء على طلب مباشر من الدائن المعترض أو بمبادرة من المحكمة. وتنص قوانين إعسار كثيرة على أن يكون ممثل الإعسار مسؤولا شخصيا عن الأضرار التي ألحقها بالدائنين، عن قصد أو عن إهمال، لدى أداء واجباته. كما ينص بعض

قوانين الإعسار على أنه يجوز للمحكمة في تلك الظروف أن تفرض عقوبة نقدية على ممثل الإعسار.

١١– تنحية ممثل الإعسار

٧٣– يُجيز بعض قوانين الإعسار تنحية ممثل الإعسار في ظروف معيّنة قد يكون من بينها أنه أخلّ بواجباته القانونية التي ينص عليها قانون الإعسار أو لم يمتثل لها، أو أنه أظهر قدرا جسيما من عدم الكفاءة أو الإهمال، أو أنه لم يكشف عن وجود تنازع في المصالح، أو أنه أتى تصرفا غير قانوني، أو لأسباب أقل شأنا كأن تتطلب الإجراءات اختصاصا معيَّنا أو مختلفا لا يتوافر لدى ممثل الإعسار المعيّن. ويمكن أن يظهر هذا الظرف الأخير، مثلا، عندما تحوّل الإجراءات من تصفية إلى إعادة تنظيم، وهذا يتطلب مهارات قد لا تتوفّر لدى ممثل الإعسار، أو، في حال إعادة تنظيم مدين متملِّك، لا تتطلب تعيين ممثل إعسار. وتنص مختلف النهُج على جواز حدوث التنحية بناء على قرار من المحكمة تتخذه بمبادرة منها أو استجابة لطلب أحد الأطراف ذات المصلحة، أو بقرار تتخذه أغلبية مناسبة من الدائنين غير المضمونين. وأيا كان النهج المتبع، فإنّ التنحية هي بمثابة عقوبة لممثل الإعسار، وبالتالي فإنّ من المناسب أن يكون لممثل الإعسار الحق في أن تُسمع دعواه وفي أن يعرض قضيته. وعندما يكون ممثل الإعسار خاضعا لإشراف مهني أو تنظيمي، يمكن تنحيته نتيجة التحقيق وإعادة النظر، مما قد يؤدي أيضا إلى سحب أي ترخيص أو إذن آخر.

١٢– استبدال ممثل الإعسار

٧٤– في حال استقالة ممثل الإعسار أو تنحيته أو حدوث أي واقعة أخرى تجعله عاجزا عن أداء واجباته، كالوفاة أو المرض العضال، يمكن تفادي تعطّل سير الإجراءات وتأخُّره بالنص على تعيين خلف لممثل الإعسار إمّا من قِبل المحكمة وإمّا من قِبل الدائنين. ويشترط بعض قوانين الإعسار على المحكمة أيضا أن توافق على استقالة ممثل الإعسار، بينما لا تشترط قوانين أخرى ذلك. وعندما ينص قانون الإعسار على استبدال ممثل الإعسار، فقد يكون من الضروري أيضا أن يعالج المسائل المتصلة باستبداله وخلافته إمّا في ملكية موجودات الحوزة وإمّا في السيطرة عليها (حسب الاقتضاء)، فضلا عن مسألة تسليم الخلف الدفاتر والسجلات وغيرها من المعلومات المتصلة بالمدين. وقد يكون من الضروري أيضا أن ينظر قانون الإعسار في مسألة شرعية الأفعال الصادرة عن ممثل الإعسار المستبدَل عندما كان يسيّر الإجراءات وفي الأجر الذي يستحقه على ما قام به من عمل طوال فترة تعيينه.

التوصيات ١١٥-١٢٥

الغرض من الأحكام التشريعية

إن الغرض من الأحكام المتعلقة بممثل الإعسار هو:

(أ) تحديد المؤهلات المطلوبة للتعيين؛

(ب) إرساء آلية بشأن الاختيار والتعيين؛

(ج) تحديد الصلاحيات والمهام؛

(د) النص على الأجر والمسؤولية والتنحية والاستبدال.

مضمون الأحكام التشريعية

المؤهلات (الفقرات ٣٦-٤١)

١١٥- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار المؤهلات والصفات التي يجب أن تتوافر لدى الشخص حتى يتسنى تعيينه ممثلا للإعسار، وهي تشمل النزاهة والاستقلالية والحياد والمعرفة اللازمة بالقانون التجاري ذي الصلة والخبرة في شؤون التجارة وإدارة الأعمال. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الأسس التي يمكن الاستناد إليها لتجريد ممثل الإعسار المقترح من الأهلية في التعيين.

تنازع المصالح (الفقرتان ٤٢ و٤٣)

١١٦- ينبغي أن يشترط قانون الإعسار الكشف عن أيّ تنازع في المصالح أو انعدام للاستقلالية أو أيّ ظروف يمكن أن تؤدي إلى تنازع في المصالح أو انعدام للاستقلالية من قِبل:

(أ) الشخص المقترح تعيينه ممثلا للإعسار أو الشخص المعيَّن ممثلا للإعسار عندما ينشأ تنازع المصالح أو الظروف التي يمكن أن تؤدي إلى تنازع المصالح أو انعدام الاستقلالية أثناء إجراءات الإعسار؛

(ب) الأشخاص المرشحين للعمل لدى ممثل الإعسار أو الحوزة، بمن فيهم الفنيون، أو أيّ شخص موظف لدى ممثل الإعسار أو الحوزة، عندما ينشأ تنازع المصالح أو الظروف التي يمكن أن تؤدي إلى تنازع في المصالح أو انعدام للاستقلالية أثناء إجراءات الإعسار.

١١٧– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التزام الكشف المذكور في التوصية ١١٦ ينبغي أن يظل قائما طوال إجراءات الإعسار. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار النتائج المترتبة على وجود تنازع في المصالح أو انعدام للاستقلالية.

التعيين (الفقرات ٤٤–٤٧)

١١٨– ينبغي أن يرسي قانون الإعسار آلية بشأن اختيار وتعيين ممثل للإعسار. ويمكن اتباع نُهج مختلفة، منها التعيين من قبل المحكمة؛ أو من قبل هيئة تعيين مستقلة؛ أو على أساس التزكية من قبل الدائنين أو من قبل لجنة الدائنين؛ أو من قبل المدين نفسه؛ أو بإعمال قانون الإعسار عندما يكون ممثل الإعسار وكالة حكومية أو إدارية أو موظفا رسميا.

الأجر (الفقرات ٥٣–٥٩)

١١٩– ينبغي أن يرسي قانون الإعسار آلية لتقرير أجر ممثل الإعسار ويكفل أولوية دفعه.

واجبات ممثل الإعسار ومهامه (الفقرة ٤٩)

١٢٠– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ على ممثل الإعسار التزاما بحماية الحوزة والمحافظة على موجوداتها. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار واجبات ممثل الإعسار ومهامه فيما يتعلق بإدارة الإجراءات والمحافظة على الحوزة وحمايتها، بما في ذلك مواصلة تشغيل منشأة المدين.

حق ممثل الإعسار في أن تُسمع دعواه (الفقرة ١١٦)

انظر التوصية ١٣٧.

السرّية (الفقرات ٢٨ و٥٢ و١١٥)

انظر التوصية ١١١.

المسؤولية (الفقرات ٦٠-٦٥)

١٢١- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار عواقب عدم أداء ممثل الإعسار واجباته ومهامه بمقتضى القانون أو عدم أدائها على النحو الصحيح، وأيّ معيار للمسؤولية ذي صلة مفروض.

التنحية والاستبدال (الفقرتان ٧٣ و٧٤)

١٢٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الأسباب الداعية إلى تنحية ممثل الإعسار والإجراء الذي يتعين اتباعه لتنحيته. ويمكن أن تشمل هذه الأسباب ما يلي:

(أ) عدم كفاءته أو تخلفه عن أداء صلاحياته ومهامه أو عن ممارسة الدرجة اللازمة من العناية في أدائها؛ أو

(ب) عجزه عن الأداء؛ أو

(ج) افتقاره إلى كفاءة معيّنة أو متخصصة تقتضيها حالة محددة؛ أو

(د) تورطه في أفعال أو سلوكيات غير قانونية؛ أو

(هـ) تنازع المصالح أو انعدام الاستقلالية مما يبرر تنحيته؛ أو

(و) عندما تتغير مهمة ممثل الإعسار.[10]

١٢٣- ينبغي أن يرسي قانون الإعسار آلية لتنحية ممثل الإعسار تجسّد الطريقة المتبعة في تعيينه، وتتيح لممثل الإعسار الحق في أن تُسمع دعواه؛

(10) مثلا، عندما تحوَّل الإجراءات من تصفية إلى إعادة تنظيم.

١٢٤– في حال وفاة ممثل الإعسار أو استقالته أو تنحيته، ينبغي أن يرسي قانون الإعسار آلية لتعيين من يحل محله وأن يبيّن ما إذا كان أم لم يكن من الضروري أن توافق المحكمة على ذلك.

الحوزات التي تفتقر إلى موجودات كافية للوفاء بتكاليف الإدارة (الفقرة ٤٥، والفقرات ٧٢–٧٥ من الفصل الأول)

١٢٥– عندما ينص قانون الإعسار على تعيين ممثل إعسار لإدارة حوزة تفتقر إلى موجودات تكفي للوفاء بتكاليف الإدارة، ينبغي أن ينص قانون الإعسار أيضا على إرساء آلية لتعيين ذلك الممثل ودفع أجره.

جيم– الدائنون: مشاركتهم في إجراءات الإعسار

١– مقدّمة

٧٥– حالما تبدأ إجراءات الإعسار تصبح للدائنين مصلحة كبيرة في منشأة المدين التجارية. ومن باب الاقتراحات العامة، تنص قوانين إعسار كثيرة على حماية تلك المصالح بتعيين ممثل إعسار. ولأسباب مختلفة، تيسِّر قوانين إعسار كثيرة مشاركة الدائنين مباشرة في الإجراءات. فهم، بصفتهم الطرف ذا المصلحة الاقتصادية الرئيسية في نتيجة الإجراءات، قد يفقدون الثقة فيها عندما تُتَّخذ فيها قرارات أساسية دون استشارتهم من قبل أفراد قد يرى الدائنون أنهم محدودو الخبرة أو الدراية في نوع أعمال المدين التجارية أو أنهم عديمو الاستقلالية، رهنا بالطريقة التي يعيّن بها الممثل. وكثيرا ما يكون الدائنون في وضع جيد يمكّنهم من إسداء المشورة وتقديم المساعدة فيما يتعلق بمنشأة المدين ومن مراقبة تصرفات ممثل الإعسار، مما يحول دون إمكانية إساءة استعمال إجراءات الإعسار والتسبب في تكاليف إدارية مفرطة، ويتيح وسيلة لتجهيز المعلومات وتوزيعها. ويجب إقامة توازن بين مرغوبية تيسير مشاركة الدائنين بمستويات عالية والحاجة إلى ضمان بقاء آلية تمثيل الدائنين ناجعة وفعالة من حيث التكلفة وتفادي مشاركة الدائنين في مسائل لن يكون لها تأثير في مصالحهم (مع أنه قد يكون من الصعب في أحيان كثيرة إقامة تمييز واضح بين المسائل التي لها تأثير فعلا والأخرى التي ليس لها ذلك التأثير).

٧٦- وعندما ييسِّر قانون الإعسار مشاركة الدائنين في الإجراءات، يمكن أن تتخذ تلك المشاركة أشكالا مختلفة. فهي، بمقتضى بعض القوانين، لا تشمل إلا الحق في أن تُسمَع دعواهم وفي أن يحضروا أثناء الإجراءات، بينما هي تشمل أيضا، بمقتضى قوانين أخرى، الحق في التصويت على مسائل محددة، وإسداء المشورة إلى ممثل الإعسار حسب الاقتضاء أو بشأن مسائل محددة في قانون الإعسار، وغير ذلك من المهام والواجبات التي يقرّرها قانون الإعسار أو المحاكم أو ممثل الإعسار.

٢- مدى مشاركة الدائنين في اتخاذ القرارات

(أ) المهام التي ينبغي أن يؤديها الدائنون

٧٧- هناك درجات متفاوتة لمشاركة الدائنين المحتملة في اتخاذ القرارات في إجراءات الإعسار استنادا إلى المهام التي يتقرّر أنه ينبغي أن يؤديها الدائنون. وبوجه عام، ينطوي التقرير بشأن المهام التي ينبغي أن توكل إلى الدائنين على النظر في التصميم العام لقانون الإعسار وفي التوازن الذي ينبغي تحقيقه بين أدوار المحكمة وممثل الإعسار والمدين والدائنين، وذلك بوجه خاص من حيث المراقبة والإشراف. وإلى حد ما، تجسِّد المهام المختلفة الموكلة إلى الدائنين مختلف الثقافات والتقاليد ذات الصلة بالإعسار، وخصوصا مختلف التوقعات من جانب الدائنين فيما يتعلق بمستوى مشاركتهم في إجراءات الإعسار. غير أنّ مشاركة الدائنين أصبحت تُعتبَر أكثر فأكثر عنصرا هاما من عناصر قانون الإعسار، حيث إنها بوجه خاص تتيح توازنا مع الأدوار الموكلة إلى مشاركين آخرين بمقتضى القانون وبصفتها أيضا وسيلة هامة لصون مصالح الدائنين.

٧٨- ولا يسمح أحد النُهج للدائنين إلا بمشاركة منخفضة المستوى. فبمقتضى قوانين الإعسار تلك، يُشتَرط على ممثل الإعسار أن يتخذ جميع القرارات الأساسية بشأن المسائل الإدارية العامة غير المتنازَع عليها، مع قيام الدائنين بدور هامشي وتمتعهم بالقليل من التأثير. ويمكن موازنة مشاركة الدائنين المنخفضة المستوى في إطار هذا النموذج بالتزامات ممثل الإعسار الرئيسية التي من بينها حماية قيمة حوزة الإعسار، الأمر الذي تعود فائدته في النهاية على الدائنين بصورة عامة. ويمكن أن يكون هذا النهج ناجعا عندما يُعيَّن للإجراءات ممثل إعسار متمرس فيتجنب حالات التأخير والتكاليف المحتملة التي تترتب على إدارة مشاركة الدائنين وعندما يوفّر نظام الإعسار مستوى رفيعا من التنظيم للإجراءات وللمشاركين فيها.

٧٩– وتتيح نُهُج أخرى للدائنين مشاركة أكبر في الإجراءات. وقد تتراوح هذه المشاركة بين المشاركة في اجتماع أولي حيث يجري النظر في أمور معيَّنة، والقيام بدور مستمر قد يتطلب من الدائنين أن يؤدوا مهمة استشارية أو أن يشاركوا على مستوى أعلى بالموافقة على بعض أعمال ممثل الإعسار وقراراته. فعندما يؤدي الدائنون مهمة استشارية عامة، مثلا، يجوز لممثل الإعسار أن يحيل المسائل إلى الدائنين، لكنه لن يكون ملزما بأيّ قرار يتخذونه أو أيّ نصيحة يسدونها. وعندما لا يكون ممثل الإعسار ملزما باتباع قرارات الدائنين، تنص قوانين الإعسار في معظم الأحيان على أنه يتعين على ممثل الإعسار، فيما يتعلق بأفعال معيّنة، أن يلتمس موافقة المحكمة أوّلا، أو أنه يجوز للدائنين أن يتقدموا بطلب إلى المحكمة لكي توجه إلى ممثل الإعسار تعليمات مُلزمة (أو لكي تسعى إلى استبدال ممثل الإعسار إذا لم يف بالتزاماته أو تصرَّف بأي شكل آخر ضار بالدائنين).

٨٠– وبمقتضى قوانين أخرى، قد تكون للدائنين مهام محددة يؤدونها فيما يتعلق بتسيير الإجراءات وقد تنطوي على التعاون والتنسيق مع ممثل الإعسار. وقد يُطلب من ممثل الإعسار أن يتشاور مع الدائنين بشأن تلك المسائل قبل أن يتخذ قراره أو قد تكون صلاحية اتخاذ القرار عائدة إلى الدائنين. وتقتضي مهام أخرى أن يراقب الدائنون أعمال ممثل الإعسار وقراراته. وتنطوي هذه الأعمال والقرارات عموما على إدارة الإجراءات والقضايا التي تمس مصالح الدائنين. وهي يمكن أن تشمل بيع الموجودات خارج سياق العمل المعتاد، والتحقق من المطالبات، والموافقة على النفقات الإدارية، ومواصلة تشغيل المنشأة أثناء التصفية، والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات، وأجور الفنيين، بمن فيهم ممثل الإعسار، ومعاملة الإجراءات القضائية التي يكون المدين طرفا فيها وقت بدء الإجراءات؛ والنظر في خطة لإعادة التنظيم والموافقة عليها؛ وتعيين لجنة أو ممثلين للدائنين؛ والإشراف على أفعال ممثل الإعسار، وتوزيع الموجودات، والنظر في التقرير النهائي والحسابات النهائية لممثل الإعسار (والموافقة عليهما).

٨١– ويمكن أن تكون للدائنين مهام فيما يتعلق باختيار ممثل الإعسار وتعيينه، وكذلك فيما يتعلق باستطاعتهم أن يطلبوا صرف ممثل الإعسار واستبداله عن طريق المحكمة بسبب عدم أدائه لمهامه وواجباته أو بسبب إهماله. ويمكن أن يكون للدائنين أيضا دور في التماس إجراء من المحكمة أو في إيصائها باتخاذ إجراء، كأن يوصوها بتحويل إعادة التنظيم إلى تصفية أو بأن يبدأ ممثل الإعسار أو الدائنون إجراءات إبطال نيابة عن الحوزة.

٨٢– وعندما ينص النظام على أن تكون تصرفات ممثل الإعسار أو قراراته خاضعة لإشراف أو موافقة الدائنين عامة أو لجنة الدائنين أو ممثل آخر للدائنين، قد يفضي ذلك إلى

درجة عالية من الحماية للدائنين. غير أنه عندما يضيف ذلك الإشراف أو الموافقة خطوات إلى إدارة حوزة الإعسار، فإنّه يمكن أن يؤثر على تكلفة وكفاءة عملية الإدارة. ويكاد يكون من المستحيل تفادي قدر من الخلاف بين ممثل الإعسار وفرادى الدائنين، خاصة وأنّ ممثل الإعسار سيكون عليه أن يتصرف لمنفعة جميع الدائنين وأن يتخذ إجراءات قد لا يؤيدها فرادى الدائنين أو لا يوافقون عليها. غير أن عدم الرضا هذا لا يمثل في الأحوال الطبيعية سببا يدفع المحكمة إلى إبدال ممثل الإعسار، أو داعيا لاتخاذ الدائن إجراء إزاء ممثل الإعسار. ولهذه الأسباب لا بد لنظام الإعسار من أن يوازن بين مدى لزوم الإشراف أو الموافقة من جانب الدائنين (بما في ذلك تحديد الأفعال والقرارات التي تتطلب موافقة والإجراء اللازم للحصول على تلك الموافقة) من جهة، ومدى استقلالية ممثل الإعسار ومدى استصواب العجلة ونجاعة التكلفة في تسيير إجراءات الإعسار، من جهة أخرى. وتتفاوت النظم فيما توصلت إليه من توازن بين هذه العوامل التي يمكن أن تكون متنافسة.

٨٣- وأيا كانت المهام التي يتعين على الدائنين أداؤها، فإنّ من المستصوب أن ينص قانون الإعسار بوضوح على ما إذا كان يتعين أن يضطلع الدائنون بكل مهمة من المهام المحددة أو ما إذا كانت بعض المهام تقديرية، وأن ينص على الطريقة التي يتعين أن يتفاعل بها الدائنون مع ممثل الإعسار في أداء تلك المهام. ويشار بوجه خاص إلى أنه قد يكون من المستصوب معالجة الخلافات بين ممثل الإعسار والدائنين. فعندما ينطوي الخلاف على مسألة تندرج ضمن المهام التي ينبغي أن يؤديها اجتماع للدائنين، تُسند قوانين إعسار كثيرة الأسبقية للقرارات التي يتخذها الدائنون. وعندما يمنح قانون الإعسار الدائنين صلاحية الاعتراض على تصرفات ممثل الإعسار أو قراراته، ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار مساق العمل المتاح للدائنين عندما لا يتفق ممثل الإعسار على ذلك الإعتراض أو لا يقبله، وكذلك الاشتراطات الإجرائية والإثباتية.

(ب) المشاركة في التصفية وإعادة التنظيم

٨٤- يُميّز بعض قوانين الإعسار بين التصفية وإعادة التنظيم في تحديد مستوى مشاركة الدائنين. ففي سياق التصفية، رغم أنه قد لا يكون هاما بوجه عام أن يتدخل الدائنون في الإجراءات أو يشاركوا في اتخاذ القرار، فإنّهم يستطيعون توفير مصدر قيِّم من المشورة المتخصصة والمعلومات بشأن منشأة المدين، خصوصا عندما يتعيَّن بيعها كمنشأة عاملة. وقد يكون من المستصوب أيضا أن يتلقى الدائنون تقارير عن سير عملية التصفية لتأمين ثقتهم في الإجراءات وكذلك لضمان شفافيتها. أمّا في سياق إعادة التنظيم، فإنّ اشتراط إسهام

الدائنين مفيد وضروري على السواء، حيث إنهم هم الذين يُطلَب منهم بوجه عام أن يوافقوا على خطة إعادة التنظيم المقترحة.

(ج) تشجيع مشاركة الدائنين

٨٥– ثمة مسألة هامة قد تحتاج إلى النظر عندما يسمح قانون الإعسار للدائنين بأداء دور ناشط في الإجراءات، وهي كيفية التغلب على لامبالاة الدائنين وتشجيعهم على المشاركة في الإجراءات. ومن الشائع أن يتبنّى الدائنون، حتى عندما ينص قانون الإعسار على المشاركة الناشطة، رأيا مفاده أنه لا جدوى من تلك المشاركة، خاصة عندما يكون من غير المحتمل أن يكون العائد الذي يحققه الدائنون كبيرا وعندما يمكن أن تتطلب المشاركة، في الواقع، صرف المزيد من الوقت والمال. ويمكن إلى حد ما تبديد هذا القلق المشترك عن طريق التوازن العام الذي يقيمه قانون الإعسار بين مختلف مصالح الأطراف المعنيّة بالإجراءات (انظر، على سبيل المثال، الفقرات ٢–١٨، أعلاه) وعن طريق تدابير محددة تتعلق، على سبيل المثال، باختيار لجنة الدائنين وبالمهام التي ستضطلع بها هذه اللجنة (أو سيضطلع بها الدائنون بصورة عامة عندما لا تكون هناك لجنة)، وكذلك عن طريق استخدام وسائل إلكترونية لتيسير الاتصال والتصويت عندما يقتضي الأمر ذلك. وقد يكون هناك شاغل آخر يتصل بالمسؤولية التي قد تترتب عن المشاركة في الإجراءات، ولا سيما بصفة عضو في لجنة الدائنين. ويمكن معالجة هذا الشاغل بتوفير الحصانة من المسؤولية ما عدا في ظروف محددة تحديدا واضحا، كالاحتيال أو السلوك المتعمد.

(د) الحاجة إلى المعلومات والإشعار

٨٦– إنّ لمن الأساسي، من أجل تمكين الدائنين من أداء مهام محددة، أن يزوَّدوا، إمّا مباشرة أو عن طريق لجنة الدائنين أو شكل آخر من أشكال تمثيل الدائنين، بالمعلومات المناسبة والراهنة والدقيقة عن منشأة المدين وشؤونه المالية، وأن يزوَّدوا أيضا بإشعار بالمسائل التي تمس مصالحهم والتي قد يطالبون باتخاذ قرار أو إسداء رأيهم بشأنها. وذلك الإشعار يمكن تقديمه عن طريق لجنة الدائنين أو ممثل آخر لهم. وستكون المسائل المتعلقة بالسرّية، كما ذُكر أعلاه فيما يتعلق بالمدين وممثل الإعسار، مفيدة أيضا للدائنين أو لجنة الدائنين عندما يزوَّدون بتلك المعلومات (انظر الفقرة ١١٥، أدناه).

(هـ) الدائنون المضمونون

٨٧- من المستصوب أن يقرّر قانون الإعسار إلى أي مدى يمكن أو ينبغي للدائنين المضمونين أن يشاركوا في اجتماعات الدائنين أو في لجنة للدائنين. وكقاعدة عامة، ليس الدائنون المضمونون ممثلين في لجنة للدائنين إذا كانوا مضمونين بالكامل أو مضمونين أكثر مما ينبغي. ففي تلك الحالات، تختلف مصالحهم اختلافا كبيرا عن مصالح الدائنين غير المضمونين، وقد لا تكون قدرهم على المشاركة في القرارات التي يتخذها الدائنون وقدرهم على التغيير المحتمل لتلك القرارات تخدمان المصالح الفضلى لجميع الدائنين. واعترافا بهذا التباين في المصالح، يشترط بعض قوانين الإعسار أن يسلّم الدائنون المضمونون مصلحتهم الضمانية قبل أن يتمكنوا من المشاركة في الإجراءات والتصويت في المسائل التي تتطلب تصويتا من الدائنين. ولكن، عندما يكونون منقوصي الضمان، فإنّ من الأرجح أن تتماشى مصالحهم مع مصالح الدائنين غير المضمونين ويمكن أن تكون مشاركتهم في اللجنة أو في التصويت من قبل الدائنين مناسبة، على الأقل بقدر ما هم منقوصو الضمان. وفي إجراءات كإعادة التنظيم، تكون للدائنين المضمونين مصلحة مباشرة، عندما يمكن أن تتعرض حقوقهم لتعديل بواسطة خطة لإعادة التنظيم، أو عندما تكون الموجودات المرهونة أساسية لنجاح تنفيذ الخطة (انظر الفقرات ٣٤-٣٩ من الفصل الرابع).

٣- آليات تيسير المشاركة

٨٨- من حيث الآليات المتعلقة بالمشاركة، ينص بعض قوانين الإعسار على عقد اجتماعات كاملة للدائنين في نقاط زمنية معيّنة من الإجراءات، بينما تسمح قوانين أخرى بتشكيل لجنة يمكن للدائنين أن يتقاسموا فيها التمثيل أحيانا مع حائزي الأسهم وربما مع الأطراف الأخرى ذات المصلحة وتتألف من أعداد صغيرة من الدائنين (يمكن تحديد العدد في قانون الإعسار) بغية تيسير المشاركة في إدارة الحوزة. والنهج الأول هو الأفيد عندما تكون هناك أعداد صغيرة من الدائنين أو عندما يكون الدائنون موجودين في المنطقة الجغرافية ذاتها. أمّا النهج الثاني فقد يكون أفيد عندما تكون هناك أعداد كبيرة من الدائنين أو عندما يكون الدائنون موجودين في مناطق بل وحتى في بلدان مختلفة. وستتوقف الآلية المتَّبعة بشأن المشاركة أيضا على المسألة العاجلة المطروحة على الدائنين. وتدرج قوانين إعسار عديدة كلا النهجين، على أن يُنظَر في مسائل مهمة، كالموافقة على خطة إعادة التنظيم، في اجتماعات للدائنين (انظر الفقرة ٩٦، أدناه). وعندما تعيَّن لجنة، ينبغي أن يكون لهذه

الأخيرة الحق في التصرف بشكل مستقل عن ممثل الإعسار ضمانا لتمثيل مصالح الدائنين تمثيلا منصفا ومحايدا.

٨٩– وثمة بديل لتشكيل لجنة للدائنين وهو أن يعيَّن (من قبِل الدائنين أو المحكمة بناء على طلب الدائنين) شخص وحيد (يشار إليه في بعض القوانين باسم المتدخل أو المفتش) لكي يمثل دائنين أو مجموعات من الدائنين (مثلا، المجموعات التي تمسك عشرة في المائة من الديون على الأقل) في إجراءات الإعسار. وكانت الحجة المنطقية المقدّمة بشأن أحد القوانين التي اعتمدت هذا النهج هي تيسير مشاركة الدائنين على نحو أكثر تنظيما وانضباطا زمنيا وتجنب حالات التأخير والنزاعات التي اعتُرضت من قبل. ويؤدي الممثل دورا شبيها بدور لجنة الدائنين، فهو يتصرف بالنيابة عن كل الدائنين الذين يمثلهم من أجل الاضطلاع بمهام كرصد إدارة شؤون الحوزة من قبل ممثل الإعسار أو المدين أو التماس الاستماع إلى دعواه أو رفع دعاوى على المدين أو طلب توفير معلومات عن المسائل التي تمس مصالح الدائنين أو الدعوة إلى عقد اجتماعات للدائنين. وبمقتضى بعض القوانين، يكون الدائنون مطالبين بتغطية رسوم ذلك الممثل من أجل تجنب تحميل الحوزة أعباء مفرطة، بينما تنص قوانين أخرى على دفع تلك الرسوم من الحوزة.

٩٠– ويمكن أن ينطوي الاختيار بين مختلف هذه النهُج على موازنة عوامل كالوقت والتكلفة والفعالية والشفافية والديمقراطية. فالنهج المتعلق بتعيين ممثل، على سبيل المثال، يمكن أن يكون أنجع وأكثر فعالية من حيث التكلفة وأن يقود إلى إجراءات أكثر تنظيما مصحوبة بنزاعات أقل مقارنة بالنهج الخاص بتعيين لجنة للدائنين. غير أن هذا النهج الأخير يمكن أن يكون أكثر شفافية ووسيلة أكثر ديمقراطية لتمثيل مصالح الدائنين. ويمكن أن يتمثل عامل مناسب آخر في توافر فنيي إعسار متدربين جيدا وبنية تحتية مؤسسية فعالة للمساعدة في إدارة إجراءات الإعسار وتسييرها. وفي بعض الحالات، يمكن تدارك ندرة الفنيين أو ضعف القدرات المؤسسية بمنح الدائنين دورا أكبر في الإجراءات. وقد تكون لجنة الدائنين، عندما تتوفّر في نظام الإعسار ظروف مؤاتية لوجودها، هي الترتيب الأنجع لتيسير مشاركة الدائنين.

٤– اجتماعات الدائنين

٩١– تنص قوانين إعسار عديدة على أن يضطلع الدائنون بالمهام الموكلة إليهم في اجتماعات عامة للدائنين. وكما ذكر أعلاه (انظر الفقرات ٦٤–٦٦ و٦٩–٧١ من الفصل الأول)، ينبغي أن يشترط قانون الإعسار إشعار الدائنين (إمّا بإشعار شخصي وإمّا بواسطة

إعلان أو وسيلة أخرى) ببدء إجراءات الإعسار وأن يشمل ذلك الإبلاغ مشورة بشأن عدد من المسائل، منها تفاصيل بشأن اجتماع أولي للدائنين ستدعو المحكمة أو ممثل الإعسار إلى عقده في غضون فترة زمنية محددة بعد بدء الإجراءات (تتراوح أمثلة الحدود الزمنية التي أُدرجت في قوانين الإعسار بين خمسة أيام وشهر واحد اعتبارا من التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات). وبمقتضى عدد من قوانين الإعسار، يكون ذلك الاجتماع الأولي هو الاجتماع الوحيد الذي يعقده الدائنون جميعا. وعندما يُعتزم عقد ذلك الاجتماع، من المستصوب أن يحدّد قانون الإعسار المسائل التي من المزمع مناقشتها وحلها في ذلك الاجتماع.

٩٢- وعندما ينص قانون الإعسار على عقد اجتماعات أخرى للدائنين، فثمة نُهج مختلفة متَّبعة. فبموجب بعض القوانين، ينبغي للمحكمة أو لممثل الإعسار الدعوة إلى عقد تلك الاجتماعات لأغراض محددة، بينما تتضمّن قوانين أخرى أحكاما تتعلق بقيام الدائنين أو ممثل الإعسار، وكذلك المدين في بعض الحالات المحدودة، بالدعوة إلى عقد اجتماعات على أساس مخصص، حسب الاقتضاء. وعندما يسمح قانون الإعسار للدائنين بالدعوة إلى عقد اجتماع، يجوز أن يتضمّن القانون قيودا بشأن الوقت الذي يمكن أن توجه فيه الدعوة إلى عقد الاجتماع أو الشروط التي يجب استيفاؤها قبل أن يتسنى توجيه الدعوة إلى عقد الاجتماع. وقد تشتمل هذه الشروط على انقضاء فترة زمنية محددة بعد اتخاذ خطوة معيّنة في الإجراءات، أو لدى انتهاء ممثل الإعسار من أفعال أو قرارات محددة أو عندما يتخلف ممثل الإعسار عن التصرف. وينص بعض القوانين أيضا على أنه لا يحق إلا للدائنين الحائزين على نسبة مئوية محددة من مجموع المطالبات أن يدعوا إلى عقد اجتماع (الأمثلة تشمل عشرة في المائة من الدائنين حسب القيمة، أو الدائنين الحائزين على ما لا يقل عن ٢٥ في المائة من مجموع المطالبات أو على ٢٥ في المائة على الأقل من المطالبات غير المضمونة). ويمنح نهج آخر الحق لأي طرف ذي مصلحة في أن يطلب من المحكمة أن تدعو إلى عقد اجتماع للدائنين. وأيّا كان النهج المعتمد، فمن المهم إقامة توازن بين تيسير مشاركة الدائنين وحماية مصالح الدائنين من جهة، وتسيير الإجراءات دون إبطاء تسييرا ناجعا وكفؤا من جهة أخرى.

٩٣- ومن المستصوب أن يكون لجميع الدائنين الحق في أن يُسمع رأيهم في المسائل المقرّر مناقشتها في اجتماع الدائنين. وعندما يكون تصويت الدائنين لازما، من المستصوب أن يقرّر قانون الإعسار الأهلية للتصويت وآلية التصويت، بما في ذلك بوجه خاص ما إذا كان الدائنون مطالبين بالحضور شخصيا للتصويت أو ما إذا كان بالإمكان استعمال وسائط ووسائل أخرى، كالبريد الإلكتروني أو الإنترنت. وعندما تكون هناك فئات معيّنة من الدائنين من بين دائني المدين، مثل أصحاب السندات العمومية، فقد يقتضي الأمر وضع

قواعد خاصة لتيسير مشاركتهم في الإجراءات، خصوصا عندما يكون هناك عدد كبير منهم. فقد يكون من الملائم مثلا السماح للممثلين المخوّلين حسب الأصول أن يمثِّلوا نسبة مئوية معيَّنة لأغراض استيفاء اشتراطات مشاركة أعداد أو نسب مئوية محددة من الدائنين في اجتماع عام للدائنين. وتسري الاعتبارات ذاتها أيضا على الاشتراطات المتعلقة بالتصويت؛ ومن شأن الاشتراطين المتعلقين بالمشاركة والتصويت شخصيا أن يعقّدا إجراءات الإعسار تعقيدا كبيرا عندما تشمل التزامات المدين سندات تجارية عمومية.

٩٤– وقد يكون من المستصوب أيضا أن يسمح قانون الإعسار للدائنين بأن يضعوا قواعد تنظم التسيير الفعلي لاجتماعاتهم. ويمكن أن تشمل المسائل المراد تغطيتها بتلك القواعد ما يلي: أهلية الحضور والمشاركة في الاجتماع؛ وأهلية التصويت؛ والأغلبية اللازم توفّرها حتى يتحقق النصاب القانوني؛ وترؤس الاجتماعات؛ وتسييرها العام. ويمكن أن تكون القواعد التي تتناول هذه المسائل مناسبة أيضا للجنة الدائنين ولتسيير اجتماعاتها.

٥– المسائل التي تتطلب تصويتا من الدائنين

٩٥– من الضروري أن يتبيّن قانون الإعسار المسائل التي يلزم أن يصوّت عليها الدائنون، وأن يضع متطلبات التصويت السارية في كل حالة.

٩٦– فعندما يكون للتدابير اللازم اتخاذها في سياق الإجراءات تأثير هام في هيئة الدائنين، يستصوب أن يكون لجميع الدائنين الحق في تلقي إشعار بتلك التدابير وفي التصويت عليها. وهذه التدابير قد تشمل التصويت على اختيار ممثل الإعسار عندما يمنح قانون الإعسار الدائنين هذا الدور؛ والموافقة على خطة إعادة التنظيم؛ والموافقة على التمويل اللاحق لبدء الإجراءات؛ وأحداثا هامة أخرى مثل بيع قدر كبير من الموجودات خارج سياق العمل المعتاد.

٩٧– ويمكن اتباع عدد من النهُج المختلفة من أجل ذلك التصويت، حسب طبيعة الموضوع المطلوب اتخاذ قرار بشأنه. فبعض القوانين تنص على إجراء ذلك التصويت شخصيا في اجتماع للدائنين، بينما تنص قوانين أخرى على جواز التصويت بالبريد أو بالوكالة عندما يكون هناك عدد كبير من الدائنين أو عندما لا يكون الدائنون من المقيمين محليا. ومن الواضح أنّ اشتراط التصويت شخصيا لن يكون عمليا عندما تكون هناك أعداد كبيرة من الدائنين، ولا سيما أنواع معيّنة من الدائنين مثل حاملي السندات العمومية فضلا عن الدائنين الأجانب. وسيكون من المستصوب أكثر فأكثر السماح بالتصويت بوسائل إلكترونية، كالبريد الإلكتروني والإنترنت، رهنا باتخاذ تدابير أمنيّة مناسبة.

٩٨- وهناك نُهُج مختلفة تُتَّبع فيما يتعلق بنوع نتيجة التصويت المطلوبة لإلزام الدائنين بمختلف القرارات. فبعض قوانين الإعسار تميز بين مختلف أنواع القرارات المطلوب اتخاذها. فبمقتضى بعض القوانين، يمكن أن تتطلّب القرارات الأكثر أهمية، ومنها الموافقة على خطة إعادة التنظيم، تصويتا يشمل نسبة معيّنة من قيمة المطالبات وكذلك عددا معيّنا من الدائنين على السواء. وبعض القوانين تشترط أغلبية في قيمة المطالبات بشأن معظم القرارات، أمّا فيما يخص قرارات مثل انتخاب ممثل الإعسار أو تنحيته والتعاقد مع فنيين معيَّنين من قِبَل ممثل الإعسار، فتُشتَرط الأغلبية في قيمة المطالبات وعدد الدائنين. وتنص قوانين أخرى على أنّ الأغلبية البسيطة تكفي بشأن مسائل مثل انتخاب ممثل الإعسار أو تنحيته. ويُميِّز بعض القوانين أيضا بين المسائل التي تتطلب تأييد كل من الدائنين المضمونين وغير المضمونين، فالدائنون المضمونون مثلا لن يشاركوا في التصويت عموما إلا بشأن مسائل محدَّدة مثل اختيار ممثل الإعسار والمسائل التي تمس مصالحهم الضمانية.

٦- لجنة الدائنين

٩٩- إنّ الهدف من تشكيل لجنة للدائنين أو انتخاب ممثل للدائنين أو تعيينه هو، مثلما ذُكر آنفا، تيسير مشاركة الدائنين بنشاط في إجراءات الإعسار، سواء أكانت تصفية أم إعادة تنظيم. فقد لا تكون لجنة الدائنين أو غيرها من أشكال تمثيل الدائنين ضرورية في جميع قضايا الإعسار، ولكن يمكن أن تكون مناسبة عندما يوجد، مثلا، عدد كبير جدا من الدائنين، أو عندما تكون للدائنين مصالح متنوعة جدا، أو عندما تدل الخصائص الأخرى للقضية على أنّ هذا النهج مستصوب أو ضروري (من أجل الحد من الوقت والتكاليف المالية مثلا). ويسمح بعض قوانين الإعسار للدائنين بأن يقرروا ما إذا كانوا سيعيّنون لجنة أو ممثلا أم لا، بينما تنص قوانين أخرى على أن تعيّن المحكمةُ اللجنةَ. وبصرف النظر عن الطريقة التي تعيّن بها لجنة الدائنين، فإنّه ينبغي أن يكون بوسعها التصرف بشكل مستقل عن ممثل الإعسار بغية ضمان تمثيل مصالح الدائنين تمثيلا عادلا ومحايدا. وقد يكون من المستصوب أن يسمح قانون الإعسار للدائنين بوضع قواعد تتناول المسائل المذكورة أعلاه (انظر الفقرة ٩٤) فيما يتعلق بتسيير اجتماعات اللجنة.

١٠٠- وعندما تشكَّل لجنة للدائنين، من الضروري أن يُنظر في مقدار ما ستدفعه حوزة الإعسار من تكاليف للجنة؛ فبعض قوانين الإعسار يسمح للدائنين بتشكيل لجان غير رسمية لا تعترف بها المحكمة أو ممثل الإعسار بصورة رسمية ولا تُردّ تكاليفها من حوزة الإعسار، ولكن يجب أن تُردَّ من الدائنين أنفسهم؛ وثمة قوانين أخرى تنص على أن تتحمل الحوزة

تكاليف لجنة الدائنين. ويتصل السؤال عمن ينبغي له أن يدفع التكاليف اتصالا وثيقا بدور اللجنة وبمدى قدرة اللجنة على أداء المهام التي ينصّ قانون الإعسار على أن يؤديها الدائنون أو بمدى تيسير تشكيل اللجنة أداء تلك المهام وبالعوامل الأخرى التي تُقرِّر ما إذا كان يتعين تشكيل لجنة في أي إجراء معين. وعندما يتقرر أن تتحمل الحوزة التكاليف، فمن المستصوب أن تكون للمحكمة صلاحية الحد من التكاليف المفرطة.

(أ) الدائنون الذين يجوز تعيينهم في لجنة الدائنين

١٠١– من الضروري أن ينظر قانون الإعسار الذي ينص على تشكيل لجنة للدائنين في من يحق له من الدائنين أن يعيّن في تلك اللجنة. وثمة نُهُج مختلفة تُتبع إزاء تلك المسألة، وهي تتوقف إلى حد بعيد على الدور الذي سيؤديه الدائنون في الإجراءات. فمن العوامل ذات الصلة وضعية مطالبة المدين وطبيعة المطالبة. فبعض قوانين الإعسار تنص، مثلا، على أنه لا يمكن أن يُعيَّن فيها إلا الدائنون الذين قُبلت مطالباتهم (من جانب المحكمة أو ممثل الإعسار، حسب إجراء القبول)، بينما تنص قوانين أخرى على تعيين لجنة مؤقتة يحق لجميع الدائنين الانضمام إليها إلى أن يتم التحقق من جميع المطالبات وقبولها. وتفرض قوانين إعسار أخرى قيودا على مكان وجود الدائنين الذين يجوز لهم العمل في لجنة الدائنين. ولكن، حرصا على ضمان المساواة في معاملة الدائنين، فإنّ من المستصوب أن يكون للدائنين الذين لم تقبل مطالباتهم إلا بصورة مؤقتة وللدائنين الأجانب الحق في أن يعيَّنوا في اللجنة. ويتصل اختيار هذه النُهج المختلفة اتصالا وثيقا بالمهام التي سيؤديها الدائنون في الإجراءات.

١٠٢– وتتعلق مسألة ثانية بأنواع الدائنين الذين يتعيّن تمثيلهم. فعلى الرغم من أنّ لجان الدائنين لا تمثل بصورة عامة إلا الدائنين غير المضمونين، يعترف بعض القوانين بأنه قد تكون هناك حالات يمكن فيها تبرير وجود لجنة منفصلة للدائنين المضمونين. وتقيم تلك النظم هذا النهج على أساس أنّ مصالح الفئات المختلفة من الدائنين قد لا تتلاقى دائما وأنّ تمكين الدائنين المضمونين من المشاركة في قرارات اللجنة، وربما التأثير في نتيجتها، قد لا يكون دائما ملائما أو محققا لأفضل مصالح الدائنين الآخرين. ومع ذلك، فإنّ من المسلّم به أيضا أنّ مشاركة الدائنين المضمونين مناسبة في بعض الظروف، مثلما سبق ذكره، إمّا بسبب تأثر مصالحهم أو لأسباب أخرى.

١٠٣– وتنص قوانين إعسار أخرى على تمثيل كلا النوعين من الدائنين في اللجنة ذاتها. والأساس المنطقي لهذا النهج هو أنه عندما تكون لجنة الدائنين مسؤولة عن المشاركة في عملية اتخاذ القرارات وعن اتخاذ قرارات هامة، فقد يؤثر استبعاد الدائنين المضمونين سلبا في

مصالحهم (خاصة عندما لا يكونون مضمونين ضمانا كاملا). وقد يكون هناك نهج آخر هو أن لا يحدّد قانون الإعسار هوية الدائنين الذين يمكن تمثيلهم في حالة معيّنة، بل يسمح للدائنين بأن يختاروا جماعيا ممثليهم على أساس الاستعداد لتقديم الخدمات (من أجل معالجة مشكلة لامبالاة الدائنين التي هي شائعة) وأن ينص على توسيع أو تخفيض حجم اللجنة، حسب الاقتضاء. وعندما تتباين أنواع الدائنين الذين يطلبون التمثيل تباينا كبيرا إلى حد يتعذر عنده شمول مصالحهم داخل لجنة واحدة، كما يمكن أن يحدث في الحالة المتعلقة بالجماعات ذات المصالح الخاصة، ومنها المطالبون بتعويضات عن الأضرار وحائزي الأسهم، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على تشكيل لجان مختلفة لتمثيل المصالح المختلفة. ولكن، من المستصوب ألا يُعتمَد هذا النهج إلا في حالات خاصة، بغية تجنب التكاليف غير الضرورية واحتمال أن تصبح آلية تمثيل الدائنين غير عملية.

١٠٤- وقد تكون مشاركة حائزي الأسهم والدائنين ذوي الصلة بالمدين مسألة خلافية، وخصوصا عندما يكون للجنة الدائنين سلطة التأثير في حقوق الدائنين المضمونين أو عندما يكون حائزو الأسهم مشتركين في إدارة المنشأة المدينة. غير أنه ستوجد حالات لا تتوفّر فيها لدى تلك الأطراف معرفة مباشرة بإدارة المنشأة المدينة أو لا تشارك في إدارتها، مثلما هو الحال عندما تكون تلك الأطراف مستثمرة في المنشأة المدينة. ففي تلك الحالات، قد تكون هناك أسباب قاهرة للسماح لتلك الأطراف بالمشاركة عن طريق لجنتها الخاصة. وهناك دائنون آخرون قد يكون لديهم تنازع في المصالح (كمنافسي المدين الذين قد تكون لهم مصلحة شخصية يحتمل أن تؤثر في نزاهتهم في الاضطلاع بمهام اللجنة) وقد يكون من الضروري أيضا استبعادهم من المشاركة في اللجنة بغية كفالة تمكن اللجنة من أداء مهامها نيابة عن هيئة الدائنين بنزاهة واستقلالية.

١٠٥- وقد يظهر سؤال مشابه عن المشاركة فيما يتعلق بالأطراف التي تشتري مطالبات الدائنين. وقد يكون هؤلاء المشترون ذوي صلة بالمدين أو قد يكونون أطرافا ثالثة ليست لها مصلحة معيّنة في منشأة المدين. وقد تثير مشتريات الأطراف الثالثة شواغل بشأن الاطلاع على معلومات حساسة وسرّية قد تكون ذات قيمة في سوق الديون الثانوية (انظر الفقرة ١١٥، أدناه). وتثير مشتريات الطرف ذي الصلة التساؤل عما إذا كان ينبغي أن يحق للطرف ذي الصلة أن يطالب بالقيمة الاسمية الأصلية للمطالبة أو أن يطالب بالقيمة الفعلية المدفوعة مقابلها فقط (عندما يكون هناك فرق بين القيمتين)، خصوصا عندما تكون قدرة الدائن على التصويت متصلة اتصالا مباشرا بقيمة مطالبته.

١٠٦– ومن أجل معالجة أيّ مشكلة محتملة، يمكن لقانون الإعسار أن يعتمد النهج الذي يحدّد الأطراف التي لا يحق لها أن تشارك في لجنة الدائنين.

(ب) تشكيل لجنة للدائنين

١٠٧– عندما ينص القانون على تشكيل لجنة للدائنين، كثيرا ما يتناول أيضا التفاصيل المتعلقة بكيفية تشكيل اللجنة، ونطاق وحدود واجباتها، وأسلوب إدارتها وسير عملها، بما في ذلك النصَاب القانوني لاجتماعات اللجنة وتسيير تلك الاجتماعات، وكذلك استبدال الأعضاء وإحلال أعضاء محلهم. وقد يكون من المستصوب إدراج أحكام في قانون الإعسار من أجل تناول بعض هذه المسائل، وخاصة بشأن واجبات الأعضاء واستبدالهم وإحلال أعضاء محلهم، وذلك ليس لتجنب النزاعات وكفالة السرّية فحسب، بل أيضا لتوفير عمليات إجرائية تتسم بالشفافية وقابلية التنبؤ. وثمة مسائل أخرى يمكن تناولها في قواعد إجرائية تعتمدها اللجنة، منها القواعد المتعلقة بإجراءات سير الاجتماع وانتخاب رئيس للجنة وحل النزاعات.

١٠٨– وثمة عدد من النهُج المختلفة تُتَّبع في تعيين أعضاء اللجنة، وهي تتوقف إلى حد بعيد على المهام التي ستؤديها اللجنة المعنيّة. وفي كثير من الحالات، تقع على الدائنين مسؤولية تعيين اللجنة، وذلك عادة في اجتماع الدائنين الأولي أو عند تقديم ممثل الإعسار معلومات أولية عن المدين. ويمكن لتعيين الدائنين للجنة أن يشجع على ثقة الدائنين ومشاركتهم في إجراءات الإعسار. وتسمح بعض الولايات القضائية للمحكمة بتعيين لجنة للدائنين، إمّا بمبادرة منها أو بناء على طلب الدائنين أو ممثل الإعسار. وقد يكون لهذا النهج عدد من المثالب، منها أنه ينطوي على احتمالات حصول تحيُز وانعدام للمساواة والشفافية؛ وقد لا تكون لدى الدائنين الثقة في نظام لا يشجعهم على أداء دور في اختيار ممثليهم أو لا يسمح لهم بذلك؛ وقد لا يؤدي إلى التغلب على مشاكل لامبالاة الدائنين السائدة على نطاق واسع. ومن جهة أخرى، قد يؤدي هذا النهج إلى تبسيط الإجراء المتعلق بإنشاء لجنة للدائنين ويقلل من نطاق حدوث نزاعات بين الدائنين يمكن أن يترتب عليها تأخير وتكاليف. وقد يتوقف الاختيار بين هذه النهُج المختلفة على مدى إشراف المحكمة على إجراءات الإعسار واشتراكها على أساس يومي، وعلى مدى اشتراط قيام الدائنين بدور نشط في أداء المهام التي تتطلب أكثر من إسداء المشورة إلى ممثل الإعسار.

١٠٩– ومن أجل تيسير إدارة شؤون اللجنة، تحدد بعض قوانين الإعسار حجم اللجنة، وهو عادة ما يكون عددا وتريّا ضمانا للحصول على أغلبية في التصويت ولا يكون، في بعض

الحالات، أكثر من ثلاثة أو خمسة أشخاص. وعندما تُمثل اللجنةُ الدائنين غير المضمونين فقط، تقتصر عضوية اللجنة أحيانا على أكبر الدائنين غير المضمونين. ويمكن تحديد هؤلاء الدائنين بعدة وسائل منها الرجوع إلى قائمة الدائنين التي يعدّها المدين. وبغية كفالة وفاء اللجنة بواجبها تمثيل كل الدائنين تمثيلا منصفا، قد يكون من المستصوب أن تكون هناك رقابة على اللجنة عندما يقتضي قانون الإعسار من اللجنة أن تضطلع بدور هام ويمكن أن يتكفل ممثل الإعسار أو المحكمة بذلك.

(ج) حقوق لجنة الدائنين ومهامها

١١٠- كافتراض عام، تؤدي لجنة الدائنين مهامها نيابة عن الدائنين، ولذلك فإنّ هذه المهام لها صلة مباشرة بالمهام العامة المسندة إلى الدائنين، مثلما ذُكر آنفا. ولكنّ حقوق لجنة الدائنين والمهام التي عليها أداؤها لا ينبغي أن تنتقص من حقوق الدائنين ككل في مواصلة المشاركة في إجراءات الإعسار أو القيام بدور فيها بشكل أو بآخر. وفيما يتعلق باتخاذ القرارات، تقوم لجنة الدائنين عموما بدور استشاري، مقدّمة توصيات إلى الدائنين حول كيفية البت في المسائل الأساسية، ولكن ليست لها في العادة صلاحية اتخاذ قرارات رئيسية نيابة عن الدائنين. ويمكن أن يكون للجنة الدائنين دور أيضا فيما يتعلق بتلقي إشعار نيابة عن الدائنين بشأن مسائل معيّنة تهم الدائنين الذين هي تمثلهم. فمثلا، عندما ينص قانون الإعسار على استشارة الدائنين بشأن بيع موجودات خارج سياق العمل المعتاد، يجوز الإشعار بأيّ بيع مقترح من هذا القبيل من خلال لجنة الدائنين بغية توفير الوقت والتقليل من التكاليف وتيسير التشاور بين اللجنة والدائنين الذين تمثلهم. وبينما تتفاعل لجنة الدائنين مع ممثل الإعسار أو مع المدين المتملِّك، في حال اعتماد قانون الإعسار ذلك النهج إزاء إعادة التنظيم، فإنّه ينبغي للجنة أن تكون قادرة على التصرف بشكل مستقل عن هذين الطرفين لدى تمثيل مصالح الدائنين.

١١١- وتنص قوانين الإعسار على أن تضطلع لجنة الدائنين بطائفة من المهام التي يمكن أن تشمل إبلاغ ممثل الإعسار برغبات الدائنين فيما يتعلق بمسائل مثل بيع الموجودات خارج سياق العمل المعتاد وصوغ خطة إعادة تنظيم، والتشاور مع ممثل الإعسار وأصحاب مصلحة رئيسيين آخرين في الإجراء، كالإدارة الراهنة للمنشأة المدينة، والمشاركة في وضع خطة إعادة تنظيم أو ربما الإشراف على ممثل الإعسار. وهذه المهام يمكن أن ينشئها قانون الإعسار أو تديرها المحكمة أو يمكن تحديدها بالتعاون مع ممثل الإعسار.

١١٢- وكما ذُكر آنفا فيما يتعلق بالدائنين عموما، من الضروري أن يكون بوسع اللجنة الحصول على أحدث المعلومات عن المدين وشؤونه المالية وأن يكون بوسعها الإعراب عن آرائها وآراء الدائنين حول المسائل المندرجة ضمن تلك المهام أو حول المسائل التي تمس مصالح الدائنين (فيما يتعلق بالسرّية، انظر الفقرة ١١٥، أدناه). وقد تحتاج اللجنة أيضا إلى مساعدة إدارية وفنية، مع أن الحاجة إلى هذه المساعدة ينبغي أن تُقرن بوضوح بالمهام التي يُنتظر من اللجنة أن تضطلع بها. وقد يُطلب من اللجنة بمقتضى القانون أن تلتمس إذن المحكمة أو ممثل الإعسار لتعيين سكرتير وكذلك، إذا ما اقتضت الظروف ذلك، لتعيين خبراء استشاريين ومتخصصين فنيين. وينص بعض قوانين الإعسار على أن تدفع حوزة الإعسار تكاليف تعيين مساعدين، بما في ذلك أجورهم، بينما تنص قوانين أخرى على أنّ الدائنين هم الذين يتعيّن عليهم أن يدفعوا تلك التكاليف بصفتها جزءا من تكاليف مشاركتهم في إجراءات الإعسار. وعندما يتقرر أن تُدفع التكاليف من الحوزة، فإنّ من المستصوب أن تمارس المحكمة قدرا من السيطرة، لا على قرار تعيين أولئك المتخصصين الفنيين فحسب، وإنما على ما يقترن بذلك من تكاليف ورسوم أيضا.

(د) مسؤولية لجنة الدائنين

١١٣- إنّ اللجنة مسؤولة تجاه الدائنين عموما في أداء واجبها. وهي لن يقع عليها أي مسؤولية أو واجب ائتماني تجاه أصحاب المنشأة المعسرة. ولكن، قد يكون من المستصوب أن يلزم قانون الإعسار أعضاء اللجنة بأن يتصرفوا بحسن نية عند اضطلاعهم بمهام اللجنة وأن ينص على منحهم حصانة من المسؤولية فيما يتعلق بالتصرفات والقرارات التي يتخذونها بصفتهم أعضاء في اللجنة، ما لم يتبيّن أنهم تصرفوا بشكل احتيالي أو متعمد أو أنهم أخلّوا بواجب ائتماني إزاء الدائنين الذين يمثلونهم. وقد يشمل ذلك، مثلا، جني أرباح من إدارة شؤون الحوزة؛ أو الحصول على موجودات تشكل جزءا من الحوزة دون موافقة مسبقة من المحكمة؛ أو انتهاز معلومات سرية تلقاها أيّ منهم بصفته عضوا في اللجنة. ويمكن أن يكون معيار المسؤولية المنطبق على أعضاء اللجنة متميزا عما هو بشأن ممثل الإعسار، حيث إن أعضاء اللجنة ليسوا ملزمين باستيفاء أيّ شروط بشأن المعرفة أو الدراية وهم يتصرفون بصفة تطوعية دون تقاضي أجر. وعند النظر في مسألة مسؤولية اللجنة، قد تكون هناك حاجة إلى إقامة توازن بين وضع مستوى عال جدا من المسؤولية من شأنه أن يثني الدائنين فعلا عن المشاركة ووضع مستوى متدن جدا قد يؤدي إلى إساءة الاستعمال ومنع اللجنة من أداء واجباتها كهيئة تمثيلية أداء ناجعا.

(هـ) تنحية أعضاء لجنة الدائنين واستبدالهم

١١٤- قد يكون من الضروري أن يوجّه قانون الإعسار قدرا من الاهتمام إلى الأسس التي قد تبرر تنحية عضو من أعضاء اللجنة وإلى إنشاء آلية لاستبدال الأعضاء. ويمكن أن تشمل تلك الأسس الإهمال الفاحش أو الافتقار إلى المهارات الضرورية أو عدم الكفاءة أو عدم النجاعة أو عدم الاستقلالية أو تنازع المصالح. ويتوقف الإجراء المتصل بهذه التنحية والاستبدال عموما على الإجراء الخاص بتعيين لجنة الدائنين، سواء من قبل المحكمة أو عن طريق الانتخاب من قبل الدائنين. علما بأنّ إنشاء آلية لاستبدال أعضاء اللجنة مفيد أيضا عند استقالة أعضاء في اللجنة أو عجزهم عن مواصلة أداء المهام المطلوبة منهم، مثلما هو الأمر في حالات المرض العضال أو الوفاة.

٧- السرّية

١١٥- مثلما ذُكر آنفا (انظر الفقرتين ٢٨ و٥٢، أعلاه)، من المستصوب أن يفرض قانون الإعسار التزامات بالسرّية على كل من المدين وممثل الإعسار. ولأسباب مماثلة، قد يكون من المناسب أيضا النظر في الظروف التي يشترط فيها على الدائنين مراعاة السرّية. ففي سياق إدارة إجراءات الإعسار، يكون الدائنون بوجه عام في موقف يمكّنهم من الحصول على قدر كبير من المعلومات عن المدين ومنشأته، وهي معلومات قد يكون الكثير منها حساسا من الناحية التجارية. ومع أنّ نتائج التصفية توحي باحتمال عدم وجود الكثير من الفرص أمام الدائنين للاستفادة على نحو غير نزيه من تلك المعلومات (أو توحي بحصول ضرر يلحق بالمدين من جراء ذلك)، فقد لا يصح ذلك على إعادة التنظيم، إذ قد تكون هناك ظروف يمكن للدائنين فيها استخدام تلك المعلومات للتأثير في تنفيذ الخطة المتفق عليها تنفيذا ناجحا. ولهذه الأسباب، قد يكون من المناسب أن يفرض على الدائنين ولجنة الدائنين (وأيّ فنيين يعملون لديها) الالتزام بالسرّية الذي لا يسمح باستخدام المعلومات التي يُحصَل عليها في سياق الإجراءات إلا لأغراض إدارة الإجراءات، ما لم تقرّر المحكمة خلاف ذلك. وعندما تُعيَّن لجنة للدائنين (وتَستخدم اللجنة مستشارين فنيين)، يمكن إنفاذ هذا الالتزام بمطالبة أعضاء اللجنة (والمستشارين الفنيين) بالتوقيع على اتفاقات بشأن سرية المعلومات.

التوصيات ١٢٦–١٣٦

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بمشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار هو:

(أ) تيسير مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار؛

(ب) إيجاد آلية لتعيين لجنة للدائنين أو ممثل آخر للدائنين عندما يكون من شأن القيام بذلك أن ييسر مشاركة الدائنين في إجراءات الإعسار؛

(ج) ضمان حق الدائنين في الحصول على المعلومات عن إجراءات الإعسار؛

(د) تحديد مهام ومسؤوليات لجنة الدائنين أو أيّ ممثل آخر.

مضمون الأحكام التشريعية

حق الدائنين في أن تُسمع دعواهم

انظر التوصيتين ١٣٣ و١٣٧.

السرّية

انظر التوصية ١١١.

مشاركة الدائنين (الفقرات ٧٥–٨٧)

١٢٦– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين، المضمونين وغير المضمونين على السواء، يحق لهم أن يشاركوا في إجراءات الإعسار، وأن يبيّن ما يمكن أن تنطوي عليه تلك المشاركة من حيث المهام التي يمكن أداؤها.

تصويت الدائنين (الفقرات ٩٦-٩٨)

١٢٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار المسائل التي يلزم فيها تصويت الدائنين وأن يضع شروط الأهلية والتصويت ذات الصلة. وبوجه خاص، ينبغي أن يشترط قانون الإعسار تصويت الدائنين للموافقة على خطة إعادة التنظيم أو رفضها.

الدعوة إلى عقد اجتماعات للدائنين (الفقرات ٩١-٩٤)

١٢٨- يجوز أن يشترط قانون الإعسار الدعوة إلى عقد اجتماع أول للدائنين في غضون فترة زمنية محددة بعد بدء مناقشة المسائل المحددة في قانون الإعسار. ويجوز أيضا أن يسمح قانون الإعسار للمحكمة أو لممثل الإعسار أو للدائنين ممن بحوزتهم نسبة مئوية محددة من إجمالي قيمة المطالبات غير المضمونة أن يطلبوا عقد أيّ اجتماع آخر للدائنين وأن يبيّن الظروف التي يمكن فيها عقد ذلك الاجتماع. وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الطرف المسؤول عن إشعار الدائنين بذلك الاجتماع.

تمثيل الدائنين (الفقرات ٨٨-٩٠)

١٢٩- ينبغي أن ييسّر قانون الإعسار مشاركة الدائنين بنشاط في إجراءات الإعسار، وذلك مثلا عن طريق لجنة للدائنين أو ممثل خاص أو آلية تمثيل أخرى.[(11)] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كان يجب أن تكون هناك لجنة أو آلية تمثيل أخرى في كل إجراءات الإعسار. وعندما تكون مصالح وفئات الدائنين المشاركين في إجراءات الإعسار متباينة ولا تتيسر المشاركة عن طريق تعيين لجنة واحدة أو ممثل واحد، يجوز أن ينص قانون الإعسار على تعيين لجان مختلفة أو ممثلين مختلفين للدائنين.

(11) انظر الفقرات ٢-٢١ والتوصيتين ١١٢ و١١٣، أعلاه ، بشأن الدور المتواصل للمدين في إعادة التنظيم. وعندما يظل المدين متملكا للمنشأة، يكون للجنة الدائنين أو لأي ممثل آخر للدائنين دور هام عليهما أداؤه في مراقبة أنشطة المدين والإبلاغ عنها عند الاقتضاء.

١٣٠–عندما يجيز قانون الإعسار تعيين لجنة للدائنين أو ممثّل لهم، ينبغي تحديد العلاقة بين الدائنين ولجنة الدائنين أو ممثلهم تحديدا واضحا.[١٢] وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الكيفية التي ستسدد بها تكاليف لجنة الدائنين.

الدائنون الذين يجوز تعيينهم في لجنة الدائنين (الفقرات ١٠١–١٠٦)

١٣١– ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الدائنين الذين يجوز تعيينهم في اللجنة. ويشمل الدائنون الذين لا يجوز تعيينهم في لجنة الدائنين الأشخاص ذوي الصلة وغيرهم من الأشخاص الذين قد لا يكونون، لسبب من الأسباب، محايدين. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كان يجب قبول مطالبة أحد الدائنين أم لا قبل أن يحق للدائن أن يعيَّن في اللجنة.

آلية التعيين في لجنة الدائنين (الفقرات ١٠٧–١٠٩)

١٣٢– ينبغي أن يُرسي قانون الإعسار آلية لتعيين لجنة الدائنين. ويمكن أن تشمل النهُج المختلفة اختيار لجنة الدائنين من قبل الدائنين أو تعيينها من قبل المحكمة أو هيئة إدارية أخرى.

حقوق لجنة الدائنين ومهامها (الفقرات ١١٠–١١٢)

١٣٣– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار حقوق لجنة الدائنين ومهامها في إجراءات الإعسار، وهي يمكن أن تشمل ما يلي:

(أ) إسداء المشورة وتقديم المساعدة إلى ممثل الإعسار أو المدين المتملِّك؛

(ب) المشاركة في وضع خطة إعادة التنظيم؛

---

(12) ينبغي، على وجه الخصوص، أن يبيّن قانون الإعسار كيفية توزّع المهام والصلاحيات بين الدائنين ولجنة الدائنين، والآلية الخاصة بحل المنازعات التي تنشأ بين الدائنين ولجنة الدائنين.

(ج) تلقي إشعار واستشارتها في المسائل التي تكون لفئة الدائنين الذين هي تتكون منهم مصلحة فيها، بما في ذلك فيما يتعلق ببيع الموجودات خارج سياق العمل المعتاد؛

(د) الحق في الاستماع إلى ممثل الإعسار في أي وقت؛

(هـ) الحق في أن تُسمع دعواها في الإجراءات.

توظيف لجنة الدائنين متخصصين فنيين ودفع أجورهم (الفقرة ١١٢)

١٣٤- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للجنة الدائنين، رهنا بموافقة المحكمة، باختيار المتخصصين الفنيين الذين قد تحتاج إليهم لكي يساعدوها في أداء مهامها وتوظيفهم ودفع أجورهم. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الكيفية التي ستدفع بها تكاليف أولئك الفنيين وأجورهم.

مسؤولية لجنة الدائنين (الفقرة ١١٣)

١٣٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ أعضاء لجنة الدائنين معفون من المسؤولية عما يقومون به من أفعال بصفتهم أعضاء في اللجنة ما لم يتبين أنهم تصرفوا بطريقة احتيالية أو أنهم ارتكبوا عمدا سلوكا مشينا.

تنحية أعضاء لجنة الدائنين واستبدالهم (الفقرة ١١٤)

١٣٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الأسباب التي تستدعي تنحية أعضاء لجنة الدائنين وأن ينص على استبدالهم.[١٣]

(13) تتوقف ممارسة صلاحية التنحية على الطريقة التي تعيَّن بها اللجنة.

دال– حق الطرف ذي المصلحة في أن تُسمع دعواه وفي الاستئناف

١– الحق في أن تُسمع دعواه

١١٦– تتيح قوانين إعسار عديدة للدائنين، بصفتهم المستفيدين الرئيسيين من الحوزة، وللأطراف الأخرى ذات المصلحة، بعض القدرة على التدقيق في كيفية إدارة شؤون الحوزة وفي تصرفات ممثل الإعسار عند أداء واجباته. فقد يود ممثل الإعسار أو المدين أو الدائن أو لجنة الدائنين أو أي طرف آخر ذي مصلحة التماس الإعفاء بمقتضى قانون الإعسار أو الاعتراض على التماس الآخرين ذلك الإعفاء. وينبغي أن يتمتع كل واحد من تلك الأطراف بالحق في أن تُسمع دعواه عندما تتأثر حقوقه أو مصالحه في الموجودات أو واجباته بمقتضى قانون الإعسار. وعندما يكون اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة شؤون الحوزة هو من صلاحيات المحاكم، يجوز عادة للطرف الذي تتأثر مصالحه أن يستأنف تلك القرارات أمام محكمة أعلى درجة، وإن كان بعض قوانين الإعسار يستثني قرارات معيّنة من الاستئناف (مثل قرار تعيين القاضي المُشرف أو قرار بدء الإجراءات).

٢– إجراءات إعادة النظر

١١٧– تتقرر النهُج الإجرائية إزاء إدارة شؤون الحوزة، إلى حد بعيد، بالقواعد التي تحكم واجبات ممثل الإعسار وحقوق المدين وواجباته بمقتضى قانون الإعسار وبما يقوم به الدائنون، كل على حدة أو من خلال لجنة للدائنين أو ممثل آخر، من دور فعّال في إدارة شؤون الحوزة، إن كان هناك دور من هذا القبيل. ففي القوانين التي تقضي، مثلا، بأن يحصل ممثل الإعسار على موافقة الدائنين، أو ممثليهم، قبل القيام بأفعال معيّنة، من شأن إشراك الدائنين مباشرة في اتخاذ القرار أن يستبعد عادة الحاجة إلى السماح للدائنين بالتماس إعادة نظر المحكمة في تلك الأفعال، باستثناء الحالات التي يكون فيها ممثل الإعسار قد ضلل الدائنين.

١١٨– وعندما تكون أفعال ممثل الإعسار غير خاضعة لموافقة الدائنين المسبقة، قد يكون من المناسب السماح للدائنين بالتماس إعادة نظر المحكمة في قرار ممثل الإعسار. وقد تكون عملية إعادة النظر هذه مناسبة للأطراف الأخرى ذات المصلحة عندما تمسها تصرفات ممثل الإعسار.

١١٩– ويشترط معظم قوانين الإعسار على الطرف ذي المصلحة أن يقدّم طلباته بشأن الإعفاء أو اعتراضاته من خلال المحكمة. ويسمح بعض قوانين الإعسار للدائنين المنفردين بإقامة دعوى، بينما تشترط قوانين أخرى أن يمثل الدائن المعترض أو الدائنون المعترضون

عددا معيّنا من الدائنين أو نسبة مئوية من قيمة الدين لكي تكون لهم منزلة قانونية تؤهلهم للمضي في الدعوى، أو تشترط أن تقيم الدعوى لجنة الدائنين أو يقيمها الدائنون عموما. ويمكن أن تتوقف تلك الاشتراطات على دواعي الاعتراض المقدّمة. ويمكن أن يكون لأطراف أخرى ذات مصلحة منزلة قانونية تؤهلها للاعتراض أو طلب الإعفاء عندما تتأثر حقوقها أو مصالحها في الموجودات أو واجباتها بمقتضى قانون الإعسار. وكما نوقش أعلاه، يجب أن يكون حق الأطراف ذات المصلحة في أن تُسمع دعواها متوازنا مع ضرورة إدارة إجراءات الإعسار على نحو ناجع.

٣- الحق في الاستئناف

١٢٠- ينبغي أن يتاح للطرف ذي المصلحة الذي التمس إعفاء ولوقي طلبه بالرفض، أو الذي لم يكلل سعيه بالنجاح في الاعتراض على طلب أو تصرف من طرف آخر، الحق في الاستئناف لدى محكمة أعلى إذا ما اعتقد أن المحكمة كانت خاطئة. ويُرسي معظم النظم القضائية تسلسلا هرميا للمحاكم التي يمكن الاستئناف لديها وإجراءات التماس إعادة النظر تلك. وينبغي تطبيق بنية مماثلة على المحكمة التي تدير قانون الإعسار وعلى الأوامر التي تصدر عن تلك المحكمة.

التوصيتان ١٣٧ و١٣٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام التشريعية المتعلقة بإعادة النظر والاستئناف هو:

(أ) ضمان حق الأطراف ذات المصلحة في أن تُسمع دعواها وأن تلتمس إعفاء من المحكمة عندما تتأثر حقوقها أو مصالحها في الموجودات أو واجباتها بمقتضى قانون الإعسار؛

(ب) إرساء إجراءات بشأن الإعفاء والاستئناف.

مضمون الأحكام التشريعية

حق الطرف ذي المصلحة في أن تُسمع دعواه (الفقرات ١١٦–١١٩)

١٣٧– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ للطرف ذي المصلحة الحق في أن تُسمع دعواه بشأن أيّ مسألة في إجراءات الإعسار تمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه. فعلى سبيل المثال، ينبغي أن يحق للطرف ذي المصلحة:

(أ) أن يعترض على أيّ فعل يتطلب موافقة المحكمة؛

(ب) أن يلتمس إعادة نظر المحكمة في أيّ فعل لم تُشتَرَط و لم تُلتَمَس موافقة المحكمة عليه؛

(ج) أن يلتمس أيّ إعفاء متاح له في إجراءات الإعسار.

الحق في الاستئناف[١٤] (الفقرة ١٢٠)

١٣٨– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للطرف ذي المصلحة أن يستأنف بشأن أي أمر صادر عن المحكمة في إجراءات الإعسار إذا كان ذلك الأمر يمس حقوقه أو التزاماته أو مصالحه.

هاء– الدائنون المضمونون

١٢١– مثلما ذُكر آنفا، لا تتأثر بمقتضى بعض قوانين الإعسار حقوق الدائنين المضمونين من جراء بدء الإجراءات، وهم يستطيعون المضي في إنفاذ تلك الحقوق دون أن تعرقلهم إجراءات الإعسار في ذلك. ولكن، بمقتضى قوانين إعسار عديدة، تتأثر حقوق الدائنين

(14) وفقا للأهداف الأساسية، ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنّ أحكام الاستئناف في إجراءات الإعسار لا ينبغي أن يكون لها أثر معلق ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، بغية ضمان إمكانية معالجة الإعسار وحله على نحو منتظم وسريع وفعّال دون تعطيل لا داعي له. وينبغي أن تكون الحدود الزمنية للاستئناف متوافقة عموما مع القانون المعمول به، لكنها ينبغي أن تكون أقصر في الإعسار من أجل تفادي تعطيل إجراءات الإعسار.

المضمونين من جراء تطبيق الوقف إزاء الحق في إنفاذ مصلحتهم الضمانية مثلا، ومن جراء إعادة التنظيم، وما إلى ذلك.

١٢٢- وترد مناقشة حقوق الدائنين المضمونين في كامل الدليل التشريعي في سياق أحكام قانون الإعسار التي يمكن أن تمسَّ تلك الحقوق. وفيما يتعلق ببعض المسائل، يشير الدليل تحديدا إلى الدائنين المضمونين وإلى الطريقة التي قد يمسّهم بها بدء إجراءات الإعسار، وذلك مثلا فيما يتعلق بتشكيل حوزة الإعسار، وتطبيق الوقف والتمويل اللاحق لبدء الإجراءات. وفيما يتعلق بمسائل أخرى، لا يقيم التعليق أيّ تمييز بين أنواع الدائنين من حيث تطبيق قانون الإعسار ويتأثر الدائنون المضمونون مثلما يتأثر غيرهم من الدائنين.

١٢٣- ويتضمّن المرفق الأول قائمة بالإحالات المرجعية إلى أبواب الدليل (إلى كل من فقرات التعليق والتوصيات) التي تتناول الدائنين المضمونين وحقوقهم في الإعسار. ولكن، ينبغي أن يُقرأ الدليل بكامله من أجل تكوين صورة شاملة عن الكيفية التي يتأثر بها الدائنون المضمونون من جراء بدء إجراءات الإعسار.

رابعا- إعادة التنظيم

ألف- خطة إعادة التنظيم

١- مقدّمة

١- ناقش الدليل التشريعي، في الفصول السابقة، عددا من المسائل ذات الصلة بإجراءات إعادة التنظيم. وثمة عنصر محوري في تلك الإجراءات وهو خطة إعادة التنظيم. وتتناول قوانين الإعسار بشكل عام عددا من المسائل فيما يتعلق بتلك الخطة. ومن بين هذه المسائل طبيعة الخطة أو شكلها؛ ومتى ينبغي إعدادها؛ ومن الذي يُسمَح له بإعدادها؛ وما هو مضمونها؛ وكيف يوافق عليها الدائنون؛ وما إذا كان إقرار المحكمة لها لازما؛ وما هو أثر الخطة وكيف يُعتزم تنفيذها.

٢- وتؤدي خطط إعادة التنظيم مهام مختلفة في شتى أنواع الإجراءات. ففي بعضها، قد تكون الخطة الحلقة الأخيرة في إجراءات إعادة التنظيم، بحيث تعنى بتسديد الأرباح الموزَّعة بالكامل والتسوية النهائية لجميع المطالبات وبالبنية النهائية للمنشأة بعد إتمام إعادة التنظيم. وفي بعضها الآخر، قد تُقترح الخطة عند بدء الإجراءات وتكون أشبه بخطة للمنشأة، فتحدد الطريقة التي ينبغي التعامل بها مع المدين والمنشأة أثناء فترة إعادة التنظيم، وكذلك الأرباح المتوقعة للأسهم ومواعيد دفعها. وقد توجد أيضا ظروف يجري فيها إعداد خطة مثل خطة إعادة التنظيم في حالة التصفية عندما يزمع بيع المنشأة كمنشأة عاملة. وقد تتناول هذه الخطة مسائل مثل مسألة توقيت وآليات التوزيعات المؤقتة. وينصب التركيز في المناقشة التالية على المسائل ذات الصلة بخطة تقترح في نقطة زمنية بعد بدء الإجراءات، حيث تتناول تسيير أعمال المنشأة أثناء عملية إعادة التنظيم، والتغيير المقترح للحقوق القانونية من أجل معالجة وضع المدين المالي. ولهذه الاعتبارات، وإن لم تكن بالضرورة بكاملها، صلة أيضا بأنواع أخرى من الخطط.

٢- طبيعة الخطة أو شكلها

٣- الغرض من إعادة التنظيم هو زيادة العائد النهائي المحتمل للدائنين إلى أقصى حد، والتوصل إلى نتيجة أفضل مما يحدث لو تمت تصفية المنشأة المدينة، والحفاظ على المنشآت التي تتوفّر فيها مقومات البقاء كوسيلة للمحافظة على فرص العمل للعاملين وعلى التجارة للموردين. ومع اختلاف الفئات المشاركة في إجراءات إعادة التنظيم، قد يكون لكل منها آراء مختلفة بشأن كيفية بلوغ مختلف الأهداف على أفضل وجه. فبعض الدائنين، مثل كبار الزبائن أو المورِّدين قد يفضلون استمرار التعامل مع المدين على سرعة تسديد ما لهم من ديون. وقد يفضل دائنون آخرون الحصول على حصة في رأس مال المنشأة، بينما لا يرغب آخرون في ذلك. ولهذا فإنّ من المعهود أن تكون هناك طائفة من الخيارات التي ينتقى منها في حالة معيّنة. وإذا اعتمد قانون الإعسار نهجا يحدّد طائفة الخيارات المتاحة أو الخيار الذي يتعيّن الأخذ به في حالة محدّدة، فمن المحتمل أن يكون تضييقيا بشكل مفرط. ومن المستصوب ألا يقصر القانون خطط إعادة التنظيم على تلك التي لا تهدف إلا إلى إعادة تأهيل المنشأة المدينة تأهيلا كاملا؛ وألا يحظر شطب الدَّين، وألاّ يحصر المبلغ الذي يتعين تسديده للدائنين في نهاية المطاف بتحديد نسبة مئوية دنيا؛ وألا يحظر استبدال حصة في رأس المال بالدَّين. فمن المرجح أن يوفّر النهج اللاتدخلي الذي لا يفرض تلك التقييدات المرونة الكافية للسماح باختيار الأنسب من بين طائفة الخيارات الممكنة بشأن مدين معين.

٤- ويعتمد بعض قوانين الإعسار نهجا إيضاحيا ينص على قائمة ببعض الامكانيات التي يمكن اعتمادها دون أن يقصد بهذه القائمة أن تكون حصرية أو أن تستبعد نُهجا أخرى. ويمكن أن تشمل هذه الامكانيات اختيار صلح بسيط وواق من الإفلاس (وهو اتفاق بأن تُدفع للدائنين نسبة مئوية من مطالباتهم، ويكون ذلك عادة على مر الزمن)؛ أو استمرار النشاط التجاري للمنشأة وبيعها في النهاية كمنشأة عاملة (وتصفية الكيان المدين عندئذ)؛ أو إحالة كل موجودات الحوزة أو جزء منها إلى واحد أو أكثر من الكيانات التجارية القائمة أو التي سوف تنشأ؛ أو دمج أو ضم المنشأة المدينة مع واحد أو أكثر من الكيانات التجارية الأخرى؛ أو شكلا متطورا لإعادة هيكلة الدَّين ورأس مال الأسهم؛ أو أي حل آخر. وقد يكون من الأفضل ترك تحديد الحل الأنسب لظروف السوق، عندما يوجد حل فعّال، أو، على الأقل، للمفاوضات بين المدين وممثل الإعسار والدائنين وغيرهم من الأطراف ذات المصلحة.

٥- وقد يعمد قانون الإعسار، حتى ولو لم يعتمد نهجا يفرض شكل الخطة أو طبيعتها، إلى وضع بعض المبادئ الإرشادية، كأن يحافَظ في إعادة التنظيم على الأولويات المقررة للدائنين في التصفية، وأن يحصل الدائنون في سياق إعادة التنظيم على القدر ذاته الذي كان

يمكنهم الحصول عليه في سياق التصفية، وألا يكون للخطة تأثير يترتب عليه بقاء المنشأة المدينة معسرة وعودهما إلى ساحة السوق بتلك الحالة، وأن تلتزم خطة إعادة التنظيم بالتقييدات المحددة في قوانين أخرى (ما لم يكن المقصود هو أن يعدِّل قانون الإعسار تلك التقييدات) كقوانين رقابة الصرف الأجنبي مثلا.

٣– اقتراح خطة لإعادة تنظيم

٦– يتعين النظر في مسألتين هامتين بشأن اقتراح خطة لإعادة التنظيم، وهما المرحلة من الإجراءات التي ينبغي فيها اقتراح الخطة والطرف أو الأطراف التي يمكنها اقتراح الخطة أو يمكن الإذن لها باقتراحها. ويمكن اتخاذ عدد من النهُج المختلفة إزاء كل من هاتين المسألتين.

(أ) توقيت الاقتراح

٧– فيما يخص المسألة الأولى، وهي توقيت الاقتراح، قد يتوقف النهج المعتمد على الغرض أو الهدف من إعادة التنظيم في الحالة المعنية، أو يرتبط بالكيفية التي بدأت بها إجراءات إعادة التنظيم. فبعض القوانين تنص، مثلا، على تقديم خطة لإعادة التنظيم مع طلب بدء إجراءات إعادة التنظيم (عندما يمكن أن يسمى الطلب "اقتراحا" بشأن إعادة التنظيم) عندما يقدم المدين الطلب بشأن بدء تلك الإجراءات.[1] ويمكن أن يتسبب هذا النهج في تأخير تمكّن المدين من طلب بدء الإجراءات ومن الحصول على إعفاء في الوقت المناسب عن طريق وقف الإنفاذ. ويمكن أن يكون من الصعب أيضا أن يُعرف، وقت تقديم الطلب، ما ينبغي أن تنجزه الخطة تحديدا. وإذا أُعدت الخطة دون التشاور مع الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة، وكان يراد بها مع ذلك أن تكون خطة نهائية قاطعة، فقد لا تحظى بموافقة الدائنين ولا تنفذ بنجاح. وتنص قوانين كثيرة أخرى على التفاوض بشأن الخطة واقتراحها بعد بدء إجراءات إعادة التنظيم. ويمكن أن يكون ذلك خيارا أكثر مرونة يسمح بالتشاور والتفاوض على خطة إعادة تنظيم مقبولة بينما يوفّر وقف الإنفاذ حماية للمدين. وقد يحتاج الأمر إلى الموازنة بين هذه المزايا واحتمال إساءة استخدام نظام الإعسار من قِبل المدينين الذين لا يكون في نيتهم أو بمقدورهم اقتراح خطة وإنما يسعون فقط إلى

(1) لا يجب الخلط بين هذا النوع من النهُج وطلب تعجيل الإجراءات الذي يكون مرافقا للخطة التي يوافق عليها الدائنون، انظر التوصية ١٦٢.

الحصول على مزايا وقف الإنفاذ. ويمكن أن تنشأ مسائل توقيت اقتراح الخطة أيضا عندما تحوّل الإجراءات من تصفية إلى إعادة تنظيم (انظر الفقرات ٧٢-٧٥، أدناه).

(ب) الأطراف المأذون لها باقتراح خطة

٨- فيما يتعلق بالمسألة الثانية، قد يكون للمشاركين في إجراءات إعادة التنظيم قدرات ومسؤوليات مختلفة فيما يتعلق بالتفاوض بشأن خطة لإعادة التنظيم واقتراحها، تبعا للطريقة التي يعد بها قانون الإعسار والأدوار المسندة إلى كل من ممثل الإعسار والمدين والدائنين. ففي بعض قوانين الإعسار، مثلا، يكون على هذه الأطراف التزام مقرر بالتعاون في التفاوض بشأن خطة واقتراحها. ولدى تحديد الطرف الذي ينبغي أن يؤذن له باقتراح خطة أو الأطراف القادرة على اقتراح خطة، قد يكون من المستصوب إيجاد توازن بين الحرية المتاحة للأطراف المختلفة لكي تقترح خطة (مثلا، هل ينبغي أن يكون بمقدور جميع الأطراف اقتراح خطة، أم ينبغي أن يكون بوسعها القيام بذلك في آن واحد، أم ينبغي أن يجري الاقتراح من قِبل أطراف مختلفة بشكل تتابعي ويتوقف على إمكان قبول الخطة المقترحة)، والقيود المرتبطة بالضرورة بالعملية من حيث متطلبات الموافقة (التصويت) (مثلا، هل ينبغي لجميع الدائنين أن يؤدوا دورا في صوغ خطة هم مضطرون للموافقة عليها)، والآجال الزمنية للتفاوض بشأن خطة واقتراحها واحتمال تعديلها والاعتبارات الإجرائية الأخرى. ومن المرجح لنهج يتسم بالمرونة، لا لنهج يفرض أسلوب العمل، أن يكفل تحقيق هذا التوازن، وإن كان من المستصوب، توخيا للكفاءة واليقين وقابلية التنبؤ وتقدم سير الإجراءات في وقت مناسب، أن يوفّر قانون الإعسار إرشادا كافيا لضمان اقتراح خطة سليمة يمكن قبولها.

'١' اقتراح المدين

٩- عندما يتعين اقتراح الخطة قبل بدء الإجراءات، فإنّ المدين هو الذي يقترحها عموما، ولكنها قد تتطلب التفاوض مع واحدة أو أكثر من فئات الدائنين، التي يجوز لها أن تتفاوض وتتفق على خطة، رهنا بقبول الدائنين الآخرين إياها أو بفرضها على الفئات المتبقية. وعندما يتعين اقتراح الخطة بعد بدء الإجراءات، ينص بعض قوانين الإعسار على أن يقترح المدين خطة، مبيّنة أحيانا أنه ينبغي له أن يفعل ذلك بالتعاون مع أطراف أخرى كممثل الإعسار أو الدائنين أو محام أو محاسب أو مستشارين ماليين آخرين. وقد يكون لهذا النهج الذي يُشرك المدين مزايا تشجيع المدينين على بدء إجراءات إعادة التنظيم في مرحلة مبكرة، وكذلك، عندما تتوخى الخطة مواصلة تشغيل منشأة المدين، الإفادة على أحسن وجه من

إلمام المدين بأمور منشأته ومعرفته الخطوات الضرورية لجعل المنشأة المعسرة قادرة على البقاء. وربما يقتضي الأمر في هذا الخصوص الموازنة بين الحرية المتاحة للمدين وضرورة ضمان ثقة الدائنين في المدين وفي اقتراحه. وقد تكون مزايا هذا النهج أيضا واضحة عندما يكون موظفو إدارة المنشأة المدينة ضروريين لنجاح أعمال المنشأة (بسبب تعقّد أعمالها، مثلا) أو يكون من الصعب استبدالهم في الأمد القصير.

١٠– ويتيح بعض قوانين الإعسار للمدين فرصة حصرية لاقتراح خطته. وتعتمد قوانين أخرى نهجا مرحليا حيث تكون الفرصة الحصرية المتاحة للمدين مقصورة على فترة زمنية محددة. ويمكن أن تكون للمحكمة صلاحية تمديد تلك الفترة إذا استطاع المدين أن يثبت أنّ لذلك التمديد ما يبرره وأن هناك آفاقا حقيقية لاقتراح خطة إعادة تنظيم ناجحة. وعندما تنقضي الفترة الحصرية المتاحة للمدين دون اقتراح خطة، فبوسع طرف آخر اقتراح خطة.

'٢' اقتراح الدائنين

١١– عندما تُشترط موافقة الدائنين على الخطة، يكون هناك دائما احتمال فشل إعادة التنظيم إذا لم تلق الخطة المقدّمة من المدين قبولا. فعلى سبيل المثال، قد لا يكون الدائنون راغبين إلا في الموافقة على خطة تُجَرِّد حائزي أسهم المنشأة المدينة من مصلحة سهمية تمكّن من السيطرة على المنشأة، وتحرم الإدارة القائمة من تولي أي مسؤوليات في الإدارة. فإذا كانت للمدين فرصة حصرية لاقتراح الخطة ورَفَضَ النظر في ترتيبات من ذلك القبيل، فهناك خطر أن تفشل عملية إعادة التنظيم، بما يضر الدائنين والعاملين والمدين ذاته. ولمعالجة ذلك الوضع، ينص بعض قوانين الإعسار على أنه ينبغي للمدين، عند إعداد خطته، أن يتعاون ويتفاوض مع الدائنين وإذا أخفق المدين في اقتراح خطة مقبولة قبل نهاية الفترة الحصرية، أتيحت للدائنين فرصة لاقتراح خطة (يمكن إنجازها عن طريق لجنة للدائنين). فقد يوفّر هذا الخيار وسيلة الضغط اللازمة للتوصل إلى حل وسط بين الأطراف المشاركة.

'٣' اقتراح ممثل الإعسار

١٢– هناك نهج آخر يعتمده الكثير من قوانين الإعسار وهو إعطاء ممثل الإعسار فرصة لاقتراح خطة، إمّا كبديل لاقتراح المدين أو الدائنين أو كتدبير مُكمِّل لذلك. فبالنظر إلى أن ممثل الإعسار سيكون قد أتيحت له فرصة ما ليصبح مطّلعا على منشأة المدين بعد بدء الإجراءات، فهو قد يكون في موضع جيد يتيح له تحديد التدابير التي تعتبر ضرورية للمنشأة لكي تصبح قادرة على البقاء. وهو قد يكون أيضا في موضع جيد لتيسير المفاوضات بشأن

الخطة بين المدين والدائنين. وتتوقف أهمية النص على مشاركة ممثل الإعسار على مقصد القانون، وخصوصا على متطلبات موافقة الدائنين أو المحكمة على الخطة. فعندما تكون موافقة الدائنين شرطا لازما، يكون للخطة التي تأخذ في الحسبان المقترحات التي يمكن أن يقبلها الدائنون فرصة للموافقة عليها أكثر من الخطة التي لا تراعي ذلك. وقد لا ينطبق هذا الاعتبار عندما لا تكون موافقة الدائنين ضرورية. وعندما يتقرّر أن تصدر الموافقة على الخطة من المحكمة فقط، قد يكون من اللازم وجود إسهام جوهري من نصوص القانون لضمان الموافقة على الخطة. وعندما لا يُمنح ممثل الإعسار الفرصة للتفاوض بشأن خطة واقتراحها أو للمشاركة في تلك العملية، فقد يكون من المستصوب إتاحة فرصة لممثل الإعسار لكي ينظر في الخطة المقترحة قبل عرضها على الدائنين وغيرهم من أجل الموافقة عليها.

'٤' اقتراح أطراف متعددة

١٣- ينص بعض قوانين الإعسار على إعطاء عدد من الأطراف الفرصة لاقتراح خطة. ويمكن أن يكون من بين هذه الأطراف المدين وممثل الإعسار والدائنون أو لجنة الدائنين. وقد يكون من المستصوب، عندما يتضمّن القانون حكما من هذا القبيل، اعتماد بعض الإجراءات لضمان عدم اقتراح عدد من الخطط المتنافسة في آن واحد. ولئن كان يمكن لهذا النهج التنافسي أن يشجع في بعض الحالات على اقتراح خطة تلقى قبولا متبادلا، فإنّه يمكن أيضا أن يعقِّد الإجراءات ويفضي إلى الإرباك وعدم الفاعلية والتأخير.

١٤- وينص بعض القوانين على أن تنظر المحكمة في آراء أطراف ثالثة بشأن الخطة، كآراء الوكالات الحكومية ونقابات العمال. ومع أنّ إشراك هذه الأطراف في عملية التفاوض بشأن الخطة قد يساعد في حالات محددة على اقتراح خطة مقبولة، فمن المحتمل أيضا أن يعقّد الإجراءات ويطيل مدتها إذا ما اعتُمد كمبدأ عام. وهو قد لا يكون مستصوبا إلاّ إذا كان يحتمل أن يكون مفيدا في حالة محددة عندما تكون مصالح تلك الأطراف محورية في خطة إعادة التنظيم وعندما تكون العملية التفاوضية مرصودة بعناية ومقيَّدة بآجال زمنية.

(ج) الآجال الزمنية لاقتراح خطة

١٥- يحدد بعض قوانين الإعسار فترة زمنية بعد بدء الإجراءات يتعين اقتراح خطة في غضونها. وهذا الأجل الزمني قد ينطبق تحديدا على اقتراح المدين خطة أو على اقتراح خطة عموما. فأحد القوانين، مثلا، ينص على أجل زمني يبلغ ١٢٠ يوما لاقتراح المدين خطة؛ فإذا ما انقضى ذلك الأجل، جاز لأي طرف آخر أن يقترح خطة دون فرض أجل زمني

لذلك. وتتراوح أمثلة الآجال الزمنية المطبقة عموما على التفاوض بشأن خطة واقتراحها ما بين ٣٥ و١٢٠ يوما من بدء الإجراءات، مع تضمن بعض القوانين حكما بجواز أن تمدد المحكمة ذلك الأجل الزمني أو تقصّره في ظروف معيّنة. ورغم أنّ فرض آجال زمنية قد يساعد على ضمان سير إجراءات إعادة التنظيم دون تأخير، فإنّ الأمر قد يحتاج إلى الموازنة بين تلك المزية وعدد من العوامل كاحتمال ألاّ توفّر الآجال الزمنية المرونة اللازمة وأن تفرض بذلك قيدا عشوائيا، وخاصة في الحالات الكبيرة التي قد يستغرق فيها التفاوض حول خطة واقتراحها مدة أطول بكثير، كأن تكون أكثر من ١٢ شهرا؛ أو ألاّ تُراعى تلك الآجال، وخصوصا في حال عدم وجود جزاءات مناسبة؛ أو ألاّ تستطيع البنية التحتية المعنية بالإعسار تدبّر تلك الآجال (لأسباب مثل نقص الموارد). ومن وسائل معالجة الشاغل المتعلق بانعدام المرونة النص على أن تمدد المحكمة الفترة الزمنية، شريطة أن يكون ذلك التمديد لفترة زمنية إضافية محدودة وألاّ تتاح إمكانية التمديد مرات غير محدودة. ومن مزايا ذلك النهج أنه يشترط على الطرف الذي يلتمس تمديدا أن يثبت للمحكمة أنّ التمديد له ما يسوّغه — أي أنّ التأخير يرجع، مثلا، إلى أسباب وجيهة (فهو يعود مثلا إلى ضرورة إجراء مزيد من المشاورات مع الدائنين أو إلى حصول تأخير في تلقي الدراسات التقييمية أو التقارير من المستشارين الفنيين)، وأنه لن يضرّ بمصالح الأطراف الأخرى، وأنه إذا ما مُنح التمديد أصبح هناك احتمال فعلي بأن يحظى اقتراح الخطة بموافقة الدائنين.

١٦- وعندما يتضمّن قانون الإعسار فترات زمنية للتفاوض بشأن خطة واقتراحها، من الضروري إيلاء الإجراءات التي تحوَّل من التصفية إلى إعادة التنظيم الاعتبار. وقد لا يكون من السهل تطبيق الفترات الزمنية النموذجية التي تسري بالرجوع إلى التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات (أي إجراءات التصفية) في الحالات التي تعتمد على الطلب الأصلي المقدَّم لبدء الإجراءات والتي تعامل ذلك التحويل على أنه استمرار لتلك الإجراءات، ذلك أنّ فترة زمنية مهمة ربما تكون قد انقضت ما بين وقت بدء الإجراءات وتحويلها.

٤- الخطة

١٧- تتوقف نتيجة الخطة على ما هو ممكن عمليا، أي على ما إذا كان يرجَّح النجاح للخطة والمنشأة المدينة، استنادا إلى الحقائق والظروف المعروفة والافتراضات المعقولة. ويثير تحديد ما إذا كان يرجَّح للخطة أن تنجح مسألتين ذاتي صلة بذلك. أمّا الأولى، فهي مضمون الخطة ذاتها وما تقترحه. وأمّا الثانية، فهي الطريقة التي تُعرض بها تلك الاقتراحات على الدائنين وتُشرح لهم من أجل الحصول على تأييدهم.

(أ) مضمون الخطة

١٨- ترتبط مسألة ما يجب أن تتضمّنه الخطة ارتباطا وثيقا بالإجراء اللازم للموافقة على الخطة، أي تحديد الدائنين الذين تُشترط موافقتهم على الخطة ومستوى التأييد المطلوب للموافقة، وبأثر الخطة عند الموافقة عليها، أي ما إذا كانت ملزمة للدائنين المعارضين والدائنين المضمونين ومن سيكون مسؤولا عن تنفيذ الخطة وعن مواصلة إدارة المنشأة المدينة، وبما إذا كان هناك شرط يقضي بإقرارها من قِبل المحكمة أم لا. ويتضمّن كثير من قوانين الإعسار أحكاما تتناول مضمون خطة إعادة التنظيم بالاشارة إلى معايير عامة، كالنص على شروط بأن تكشف خطة إعادة التنظيم بشكل كاف وبوضوح لجميع الأطراف عن المعلومات المتعلقة بوضع المدين المالي وبتغيير الحقوق القانونية الذي هو مقترح في الخطة، أو بالاشارة إلى حد أدنى من المتطلبات كوجوب أن تنص الخطة على سداد مطالبات مميزة معينة. وتجدر الإشارة إلى أنّ الخطة المعنيّة لا ينبغي أن تحوِّر حقوق كل فئة من فئات الدائنين أو أن تمسها بأيّ شكل آخر.

١٩- وتنص قوانين أخرى على متطلبات أكثر تحديدا فيما يتعلق بالمعلومات اللازمة بشأن وضع المدين المالي والاقتراحات التي يمكن إدراجها في الخطة. فالمعلومات فيما يتعلق بوضع المدين المالي يمكن أن تشمل بيانات الموجودات والالتزامات، وبيانات التدفقات النقدية، ومعلومات تتعلق بدواعي أو أسباب وضع المدين المالي. وقد تشمل المعلومات المتعلقة بما هو مقترح في الخطة، تبعا للهدف من الخطة وظروف المدين المعني، تفاصيل فئات المطالبات، والمطالبات التي حُوِّرت أو تأثرت بمقتضى الخطة، والمعاملة التي ينبغي أن تخصّص لكل فئة بمقتضى الخطة، ومواصلة أو رفض العقود التي لم تنفَّذ بالكامل؛ ومعاملة عقود الإيجار التي لم تنته مدتها، والتدابير والترتيبات المقترحة للتعامل مع موجودات المدين (كإحالتها أو تصفيتها أو الاحتفاظ بها)، وبيع الموجودات المرهونة أو معاملتها بطرائق أخرى، وإجراءات الإفصاح والقبول، وحقوق المطالبات المتنازع عليها في الاشتراك في عملية التصويت والأحكام المتعلقة بتسوية المطالبات المتنازع عليها، والترتيبات الخاصة بالعاملين لدى المدين، وأجر إدارة المنشأة المدينة، وتمويل تنفيذ الخطة، وتمديد أجل الاستحقاق أو تغيير سعر الفائدة أو شرط آخر من شروط المصالح الضمانية المستحقة، والدور الذي ينبغي أن يؤديه المدين في تنفيذ الخطة وتحديد من ينبغي أن تسند إليهم مسؤولية إدارة المنشأة المدينة مستقبلا، وتسوية المطالبات وكيف يكون مقدار ما يتسلمه الدائنون أعلى مما يقدّر لهم أن يتسلموه في حال التصفية، ودفع الفوائد على المطالبات، وتوزيع كل موجودات الحوزة أو أي جزء منها على من لهم مصلحة في تلك الموجودات، والتغييرات التي يمكن إجراؤها على الصك أو المستند العضوي

الذي أسست بمقتضاه المنشأة المدينة (منها، مثلا، التغييرات في أنظمة الشركات والمواد الخاصة بالاتحادات) أو على بنية رأس مال المنشأة المدينة أو دمج أو ضم المدين مع شخص أو أكثر، والأساس الذي ترتكز إليه المنشأة لكي تمكّن من الاستمرار في المتاجرة ومن إعادة تنظيمها بنجاح، والإشراف على تنفيذ الخطة، ومدة تنفيذ الخطة، بما في ذلك في بعض الحالات وضع حد أقصى ينص عليه القانون لهذه المدة.

٢٠- وبدلا من تحديد نطاق واسع من المعلومات المفصلة التي ينبغي إدراجها في الخطة، قد يكون من المستصوب أن يبين قانون الإعسار المحتوى الأدنى للخطة مركّزا على الأهداف الأساسية للخطة وإجراءات تنفيذها. فمثلا، قد يشترط قانون الإعسار أن تذكر الخطة بالتفصيل فئات الدائنين والمعاملة التي ينبغي إيلاء كل منها في الخطة؛ وأحكام الخطة وشروطها (من ذلك مثلا معاملة العقود ومواصلة دور المدين)؛ وما هو مطلوب لتنفيذ الخطة (كبيع الموجودات أو أجزاء من المنشأة وتمديد آجال الاستحقاق، وإدخال تغييرات على بنية رأس مال المنشأة والإشراف على تنفيذ الخطة).

٢١- ويثير مضمون الخطة أيضا مسائل تتعلق بقوانين أخرى. فمثلاً، طالما كان القانون الوطني يحظر تحويل الدَّين إلى حصة في رأس المال، فلا يمكن الموافقة على خطة تتضمّن تحويلا من هذا القبيل. ونظرا لأنّ تحويل الديون إلى حصة في رأس المال يمكن أن يكون سمة هامة من سمات إعادة التنظيم، فمن الضروري إلغاء هذا الحظر، على الأقل في سياق الإعسار، إذا أريد إدراج هذه الأحكام في الخطة والموافقة عليها. كذلك، إذا كانت الخطة مقصورة، بسبب إعمال قانون غير قانون الإعسار، على النص على الإعفاء من الديون أو تمديد آجال استحقاقها فقط، فقد يكون من الصعب الحصول على موافقة الدائنين. كذلك، تثير بعض حالات الإعسار مشكلات مباشرة ولا خلاف عليها بشأن العلاقة بين قانون الإعسار وغيره من القوانين. وهناك حالات أخرى قد تثير مسائل أكثر تعقّدا. وقد يكون من بينها الحدود المفروضة على الاستثمار الأجنبي وضوابط الصرف الأجنبي (وخصوصا عندما يكون الكثير من الدائنين من غير المقيمين)، أو معاملة العاملين بمقتضى قوانين العمل ذات الصلة عندما تثير إعادة التنظيم، مثلا، مسائل تتعلق بتعديل اتفاقات التفاوض الجماعي، أو مسائل تتصل بقانون الضرائب.

٢٢- وتتباين النهُج المتبعة إزاء هذه المسائل. ففي بعض الدول، يخضع قانون الإعسار للقيود الواردة في قوانين أخرى، مع ما يترتب على ذلك من احتمال وجود خيارات ضيقة بشأن إعادة التنظيم. وتسمح قوانين إعسار أخرى بتجاوز بعض تلك القيود، ومنها مثلا تلك المتعلقة بالتصرف في موجودات المدين وأولويات التوزيع في ظروف معيَّنة كتلك التي

يوافق فيها الدائنون على ذلك. ومن المستصوب أن تؤخذ في الاعتبار عند تصميم قانون الإعسار القيود الموجودة في قوانين أخرى والتي من شأنها أن تؤثّر في قانون الإعسار، كما إنّ من المستصوب، بغية ضمان الشفافية وقابلية التنبؤ، أن يُعالِج قانون الإعسار على وجه التحديد مسألة علاقته بالقوانين الأخرى. وينبغي لقانون الإعسار، عند الإمكان، أن يذكر أثر تلك القوانين الأخرى.

(ب) المعلومات التي ينبغي أن ترافق الخطة

٢٣- يحتاج الدائنون وسائر الأطراف المناسبة ذات المصلحة (ومنها، مثلا، حائزو الأسهم)، الذين قد يشترط عليهم أن يصوتوا على الخطة إلى أن يكون بوسعهم الاطمئنان على أنّ ما هو مقترح في الخطة ممكن عمليا وليس مستندا، على سبيل المثال، إلى افتراضات خاطئة، وأنّ تنفيذ الخطة لن يترك المدين مثقلا بعبء مفرط من الديون. وتيسيرا لهذا التقييم، يحتاج الدائنون وسائر الأطراف ذات المصلحة إلى الحصول على معلومات توضح ما تقترحه الخطة وتأثير تلك المقترحات في حقوقهم ومطالباتهم. ولهذه الأغراض، يمكن عرض الخطة على الدائنين وغيرهم مشفوعة ببيان إفصاحي يكشف عن كل المعلومات التي تمكّن كل الأطراف من تقييم الخطة تقييما صحيحا. ويمكن أن يُعدَّ ذلك البيان موظف فني مؤهل يتوقع منه أن يقدم تقييما غير منحاز ويمكن الوثوق به للتدابير المقترحة في الخطة، أو الطرف ذاته الذي يقترح الخطة، مع توفير مشورة فنية أو دون ذلك. وعندما لا يُشرَك ممثل الإعسار في اقتراح خطة أو إعداد بيان إفصاحي، قد يكون من المستصوب إلزامه بالتعليق على كلا الصكين. وعندما لا يوافق الدائنون وسائر الأطراف الأخرى ذات المصلحة على تقييم الموظف الفني أو لا يعتقدون أن المعلومات المقدّمة مقنعة، يمكن أخذ آرائهم في الاعتبار أثناء الموافقة على الخطة، وذلك بالسماح بتعديل الخطة المقترحة، أو أثناء إقرار الخطة (إذا اشترط قانون الإعسار إقرارها).

٢٤- ويتضمّن عدد من قوانين الإعسار أحكاما تحدد المعلومات التي يجب تقديمها للدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة بغية تمكينهم من إجراء تقييم سليم للخطة، سواء أكانت تلك المعلومات ستدرج في الخطة ذاتها أم في بيان منفصل. فاشتراط توفير تلك المعلومات الذي يكون مدعوما بالآليات المناسبة للحصول عليها يفي بالهدف الأساسي وهو الشفافية ويمكن أن يساعد على ضمان ثقة الدائنين في إجراءات الإعسار. ومع ذلك، قد تدعو الحاجة إلى موازنته مع شواغل السرّية الناشئة من الاطلاع على معلومات مالية وتجارية قد تكون حساسة عن المدين، حتى عندما يكون من المحتمل أن تدخل تلك المعلومات في نهاية المطاف

في حقل الاطلاع العمومي عن طريق موافقة المحكمة على الخطة أو إقرارها. ويمكن معالجة هذا الشاغل في القانون بإدراج التزامات بالتقيد بالسرّية لكي تسري على المدين والدائنين وممثل الإعسار وسائر الأطراف ذات المصلحة. وهذا الاشتراط القاضي بتوفير المعلومات لا ينبغي أن يساء استعماله بتوفير معلومات لا صلة لها بتقييم الخطة؛ فالتركيز ينبغي أن ينصب على المعلومات اللازمة في حالة معيّنة لتقييم الاقتراحات المحددة الواردة في الخطة.

٢٥– ومن المستصوب أن يبين قانون الإعسار المعلومات الدنيا التي ينبغي توفيرها في البيان الإفصاحي. وهي يمكن أن تشمل معلومات تتعلق بوضع المدين المالي، بما في ذلك بيانات الموجودات والالتزامات والتدفقات النقدية؛ ومعلومات غير مالية يمكن أن يكون لها تأثير في أداء المدين في المستقبل (كتوفّر براءة اختراع جديدة)؛ وملخصا للخطة؛ ومقارنة بين المعاملة التي توفّرها الخطة المقترحة للدائنين وما يمكن توقع حصولهم عليه في التصفية؛ والأساس الذي ستستند إليه منشأة المدين حتى تتمكن من مواصلة نشاطها التجاري ومن الخضوع لعملية إعادة تنظيم ناجحة؛ ومعلومات عن آليات التصويت المنطبقة على الموافقة على الخطة؛ ومعلومات تبين أنه، بالنظر إلى تأثير الخطة، اتخذت ترتيبات مناسبة للوفاء بكل الالتزامات المنصوص عليها في الخطة وأنّ المدين يتوقع منه أن يكون لديه التدفق النقدي اللازم لسداد ديونه وفقا لما تنص عليه الخطة.

٥– الموافقة على الخطة

(أ) المسائل التي ينبغي النظر فيها

٢٦– يتطلب إعداد أحكام قانون الإعسار الخاصة بالموافقة على الخطة النظر في عدد من المسائل المختلفة، منها مثلا ما إذا كان يحق لكل الدائنين وحائزي الأسهم أن يصوتوا على الخطة؛ وما إذا كان ينبغي أن يجري التصويت على الموافقة على الخطة ضمن فئات من الدائنين؛ والطريقة التي سيعامَل بها الدائنون الذين لا يوافقوا على الخطة ("الدائنون المعارضون"). وثمة بعض المبادئ الأساسية، وهي أنّ الدائنين الذين حُوِّرت حقوقهم أو تأثرت بموجب خطة، ومنهم الدائنون المضمونون، لا يمكن إلزامهم بتلك الخطة إلاّ إذا أتيحت لهم فرصة التصويت عليها؛ وأنّ الدائنين المضمونين ينبغي أن يصوّتوا منفصلين عن الدائنين غير المضمونين؛ وأنّ الدائنين المنتمين إلى الفئة ذاتها ينبغي أن يحظى كل منهم بالمعاملة ذاتها بموجب الخطة؛ وأنّ الفئة المعارضة من الدائنين التي من المزمع إلزامها بالخطة ستتلقى مقدارا يساوي على الأقل ما كان يمكنها أن تتلقاه في إجراءات التصفية.

'١' تصنيف المطالبات

٢٧- إنّ الهدف الأساسي من تصنيف المطالبات إلى فئات هو الوفاء بالاشتراطات القاضية بتوفير معاملة منصفة وعادلة للدائنين، ومعاملة المطالبات المتشابهة في الوضع على النحو ذاته، وضمان تلقي كل الدائنين المنتمين إلى فئة معينة عرضا مماثلا في الشروط بموجب خطة إعادة التنظيم. فهذه هي إحدى سبل ضمان معاملة المطالبات التي تحظى بالأولوية أو بمكانة تفضيلية معاملة وفقا للأولوية المحددة في قانون الإعسار. وهذا قد ييسر أيضا معاملة مطالبات كبار الدائنين الذين يمكن إقناعهم بالحصول على معاملة مختلفة عن الفئة العامة للدائنين غير المضمونين، عندما قد تكون تلك المعاملة ضرورية لجعل الخطة قابلة للتطبيق. ولكن، يمكن أن يزيد التصنيف من تعقّد إجراءات الإعسار وتكاليفها، وهذا يتوقف على عدد الفئات المختلفة المستبانة. وقد يكون هناك نهج بديل لضمان عدم ظلم الأغلبية للدائنين الذين ينبغي أن يحظوا بمعاملة خاصة، وهو إتاحة الفرصة لتلك المجموعات لكي تطعن في قرار الأغلبية في المحكمة إذا لم تعامل معاملة منصفة وعادلة. ويمكن أن يعمل وجود هذه الإمكانية على ثني الأغلبيات عن القيام باقتراحات يمكن أن تتسبب بشكل جائر في غبن الدائنين الذين لهم الأولوية.

'٢' معاملة الدائنين المعارضين

٢٨- فيما يتعلق بمعاملة الدائنين المعارضين، من الضروري إيجاد طريقة لفرض خطة توافق عليها الأغلبية في فئة من فئات الدائنين على الأقلية المعارضة من أجل تعزيز فرص نجاح عملية إعادة التنظيم. وقد يكون من الضروري أيضا، تبعا للآلية المختارة للتصويت على الخطة وما إذا كان الدائنون يصوتون في فئات، النظر فيما إذا كان يمكن جعل الخطة ملزمة لفئات الدائنين المعارضة ولأطراف متأثرة أخرى.

٢٩- وبقدر ما يمكن الموافقة على خطة وإنفاذها على الأطراف المعارضة، قد تكون هناك حاجة إلى ضمان أن يوفّر مضمون الخطة حماية مناسبة لتلك الأطراف المعارضة، وخصوصا ضمان ألا تضار حقوقهم بشكل غير عادل. فالقانون يمكن أن ينص مثلا على أنّ الدائنين المعارضين لا يمكن إلزامهم ما لم يتلقوا ضمانا بالحصول على معاملة معيّنة. ويمكن أن تتمثل تلك المعاملة، من باب المبدأ العام، في أن يتلقى الدائنون بموجب الخطة ما يساوي على الأقل ما كانوا سيتلقونه في إجراءات الإعسار. فإذا كان الدائنون مضمونين، ربما تمثلت المعاملة المطلوبة في حصول الدائن على سداد قيمة مصلحته الضمانية، بينما في حال الدائنين غير المضمونين قد لا يحصل أصحاب المصالح الدنيا، ومنهم حائزو الأسهم، على شيء. وبقدر ما يؤدي الإجراء المتعلق بالموافقة إلى إضعاف شديد لمطالبات الدائنين وغيرهم من الأطراف

المتأثرة دون موافقتهم (وخصوصا الدائنين المضمونين)، يبرز خطر عزوف الدائنين عن توفير الائتمان في المستقبل. ولذلك، فإنّ آلية الموافقة على الخطة وتوافر الضمانات المناسبة يعتبران بالغي الأهمية لحماية هذه المصالح.

(ب) إجراءات الموافقة

٣٠– تنص قوانين إعسار كثيرة على الدعوة إلى اجتماع خاص للدائنين لغرض التصويت على خطة إعادة التنظيم، وهي تشترط إتاحة الخطة (وكذلك المعلومات أو البيان الإفصاحي عنها، حسب الإقتضاء) للدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة (بمن فيها حائزو الأسهم) ممن يحق لهم التصويت في الاجتماع في غضون فترة معيّنة قبل الدعوة إلى عقد ذلك الاجتماع. ويقضي بعض القوانين بأن يكون التصويت شخصيا في اجتماع للدائنين، بينما تجيز قوانين أخرى التصويت بالبريد أو بالوكالة أيضا. وبغية تيسير التصويت والاعتراف بالاستخدام المتزايد لوسائل الاتصال الالكترونية، قد يكون من المستصوب السماح بالتصويت شخصيا وبالوكالة وبالوسائل الإلكترونية.

٣١– ومن المسائل الأخرى التي ينبغي النظر فيها فيما يتعلق بالموافقة على الخطة ما إذا كان ينبغي للدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة أن يصوتوا في فئات وفقا لحقوقهم؛ وأنواع المطالبات (من حيث قبول تلك المطالبات بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة) التي ستؤخذ في الاعتبار في تحديد ما إذا كانت الأغلبية المطلوبة في التصويت قد تحققت؛ وما إذا كان يحق للدائنين المضمونين أن يصوِّتوا؛ وما إذا كانت أصوات أصحاب المطالبات ذات الأولوية ستؤخذ في الاعتبار في تحديد الأغلبية المطلوبة؛ وما هي الأطراف ذات المصلحة، إضافة إلى الدائنين، التي يحق لها التصويت على الخطة؛ والطريقة التي سيعامل بها الدائنون الممتنعون أو غير المشاركين. وهذه المسائل مناقشة في الفقرات الواردة أدناه.

'١' معاملة الدائنين الممتنعين أو غير المشاركين

٣٢– فيما يتعلق بالمسألة الأخيرة، تعامل بعض القوانين الدائنين الممتنعين عن التصويت أو غير المشاركين في التصويت كما لو أنهم صوتوا على عدم قبول الخطة. ويمكن أن يكون لهذا النهج أثر حرمان الدائنين الذين شاركوا وصوتوا فعلا على الموافقة على الخطة، كما يمكن أن يجعل من الصعب جدا عمليا الحصول على الأغلبية المطلوبة من أجل الموافقة على الخطة. وكبديل لذلك، تعتمد دول كثيرة نهج حساب النسبة المئوية للتأييد على أساس عدد الأطراف المشاركة فعلا في التصويت وعلى أساس أنّ المتغيبين والممتنعين عن التصويت يمكن

أن يُعتَبروا أنّ لهم مصلحة قليلة في الإجراءات. ويمكن أن يترتب على هذا النهج وجود مجموعة قد تكون صغيرة وغير تمثيلية من الدائنين تؤثر في مجرى عملية إعادة التنظيم، وخاصة بالنظر إلى انتشار اللامبالاة لدى الدائنين. ولا بد من إيجاد نهج متوازن ييسِّر الموافقة على الخطة ويضمن مستوى كافيا من تأييد الدائنين لتيسير التنفيذ وتجنُّب التعسف. ويمكن تيسير ذلك، أيًّا كان النهج المعتمد من النهجين اللذين نوقشا آنفا، باشتراط إشعار الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة إشعارا وافيا، وخصوصا عندما يكون الدائنون من غير المقيمين، وكذلك باعتماد آليات تيسِّر التصويت على نطاق واسع وتشجِّع عليه، كالتصويت بالوكالة وبالوسائل الالكترونية.

'٢' اللجوء إلى الافتراضات

٣٣- يلجأ بعض قوانين الإعسار أيضا إلى افتراضات لتبسيط إجراءات التصويت. فعندما تتضمّن الخطة، مثلا، إبطال مطالبة دائن أو مصلحة سهمية للمالك (ولا يحصل ذلك الطرف على شيء بمقتضى الخطة)، يمكن افتراض أنّ صوت ذلك الطرف معارض للخطة. وبالمقابل، عندما لا تحوِّر الخطة مطالبة أو تؤثّر فيها أو عندما تنص على تسديدها بالكامل، يمكن افتراض أنّ صوته مؤيد للخطة. وقد يساعد اللجوء إلى افتراضات من هذا القبيل أيضا على تقليل الحاجة إلى تقديم إشعار ومعلومات إلى الدائنين المعنيين وسائر الأطراف ذات المصلحة.

(ج) موافقة الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية

'١' ضرورة تصويت الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية

٣٤- في حالات إعسار كثيرة، تمثل المطالبات المضمونة نسبة هامة من قيمة الديون التي يدين بها المدين. ويمكن الأخذ بنهُج مختلفة إزاء موافقة الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية على الخطة. بيد أنّ مدى حق الدائن المضمون في التصويت يتوقف، كمبدأ عام، على الطريقة التي يعامل بها نظام الإعسار الدائنين المضمونين، ومدى إمكان تأثير خطة إعادة التنظيم في المصلحة الضمانية للدائن المضمون، ومدى كفاية قيمة الموجودات المرهونة للوفاء بمطالبة الدائن المضمون.

٣٥- وفي إطار أحد النهُج، عندما لا يمس قانون الإعسار الدائنين المضمونين، وبوجه خاص عندما لا يمنعهم من إنفاذ حقوقهم من الموجودات المرهونة، لا تكون هناك عموما حاجة إلى إعطاء هؤلاء الدائنين حق التصويت حيث إنّ الخطة لن تؤثّر في مصالحهم

الضمانية. ويوجد الدائنون ذوو الأولوية في وضع مماثل وفقا لهذا النهج — فلا يمكن للخطة أن تنال من قيمة مطالباتهم ويحق لهم الحصول على السداد الكامل قبل السداد للدائنين الذين ليست لهم أولوية. بيد أنّ القيد الذي يتصف به هذا النهج هو أنه قد يحد من فرص نجاح عملية إعادة التنظيم عندما تكون الموجودات المرهونة أو يكون تعديل حقوق أولئك الدائنين أمرين حاسمي الأهمية لنجاح الخطة. ذلك أنه إذا لم يكن الدائن المضمون ملزما بالخطة، فإنّ تخيره إنفاذ حقوقه، باحتياز الموجودات المرهونة من جديد وبيعها مثلا، قد يجعل إعادة تنظيم المنشأة متعذرة التنفيذ. كذلك، قد تكون هناك ظروف يتطلب فيها ضمان نجاح عملية إعادة التنظيم أن يحصل الدائنون ذوو الأولوية عند الموافقة على الخطة على أقل من كامل قيمة مطالباتهم. ويمكن أن تتحسن فرص نجاح إعادة التنظيم إذا قبل الدائنون ذوو الأولوية السداد على مدى فترة من الوقت، وإذا رضي الدائنون المضمونون عندما تعدَّل شروط الدَّين المضمون على مرّ الزمن. وإذا لم يكن هؤلاء الدائنون مشمولين بالخطة وكان يحق لهم التصويت على اقتراحات تمس حقوقهم، تعذّر تعديل تلك الحقوق.

'٢' فئات الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية

٣٦- إدراكا لضرورة مشاركة الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية، ينص نهج ثان على أن يصوّت هؤلاء الدائنون كفئتين منفصلتين عن الدائنين غير المضمونين على أيّ خطة من شأنها أن تحوِّر أو تمسّ من شروط مطالباتهم، أو على أن يوافقوا، بطريقة أخرى، على الالتزام بالخطة. ومن شأن اعتماد هذا النهج أن يتيح حدّا أدنى من الضمان لتوفير الحماية المناسبة لهؤلاء الدائنين ويعترف بأنّ حقوق ومصالح الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية تختلف عن حقوق ومصالح الدائنين غير المضمونين. غير أنّ حقوق الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية متباينة في حالات عديدة وقد لا يكون ممكنا عمليا أن يُشترط على كل الدائنين المضمونين أو كل الدائنين ذوي الأولوية أن يصوتوا في فئة وحيدة. وفي تلك الحالات، تنص بعض القوانين على أن كل دائن مضمون له حقوق منفصلة في الموجودات المرهونة يشكّل فئة في حد ذاته. وتنص تلك القوانين على أنه، عندما يصوت الدائنون المضمونون بصفتهم فئة فعلا (مثلا، عندما يكون هناك عديد من أصحاب الأسهم الذين هم مضمونون بالموجودات ذاتها)، تكون الأغلبية المطلوبة لفئة من الدائنين المضمونين مماثلة عموما للأغلبية المطلوبة للموافقة على الخطة من الدائنين غير المضمونين، وإن كانت هناك أمثلة لقوانين تشترط أغلبيات مختلفة تبعا للكيفية التي ستؤثر بها الخطة في حقوق الدائنين المضمونين (فعلى سبيل المثال، يشترط أحد القوانين أغلبية ثلاثة أرباع عندما يُعتزم تأجيل تاريخ الاستحقاق وأغلبية أربعة أخماس عندما يكون هناك نيل من الحقوق بشكل آخر).

كذلك، يمكن أن تشكل كل مرتبة من المطالبات ذات الأولوية فئة منفصلة بموجب تلك القوانين.

٣٧- وعندما يصوت الدائنون المضمونون في فئات، ينص بعض قوانين الإعسار على أنه، طالما صوتت الأغلبية اللازمة من الفئة للموافقة على الخطة، فسيكون أعضاء الفئة المعارضون ملزمين بأحكام الخطة، رهنا ببعض التدابير الحمائية. فقانون الإعسار يمكن أن ينصّ مثلا على أنّ أولئك الدائنين لن يكونوا ملزمين بالخطة إلا عندما يتلقون بمقتضاها مقدارا يساوي على الأقل ما كانوا سيحصلون عليه في سياق التصفية، أو، وبموجب بعض القوانين، إذا نصت الخطة على أن يتلقوا سدادا كاملا بالقدر الذي تنطوي عليه قيمة مصلحتهم الضمانية في غضون فترة زمنية محددة، إضافة إلى فائدة تحسب بسعر الفائدة في السوق. وتنص قوانين إعسار أخرى على أنّ الخطة لا يمكن فرضها على أي دائنين مضمونين ما لم يوافقوا على فرضها. وثمة ازدواجية مماثلة فيما يتعلق بالمطالبات ذات الأولوية. فبعض القوانين يسمح بالسداد على مر الزمن طالما حوفظ على القيمة الحالية للمطالبة. وتسمح قوانين أخرى بتعديل المطالبات ذات الأولوية بموافقة الدائنين ذوي الأولوية فقط.

'٣' عندما لا يكون الدائنون المضمونون مضمونين تماما

٣٨- عندما لا تكون قيمة الموجودات المرهونة كافية للوفاء بكامل مبلغ مطالبة الدائن المضمون، ينص عدد من قوانين الإعسار على أن يصوّت أولئك الدائنون المضمونون مع الدائنين العاديين غير المضمونين فيما يتعلق بالجزء غير الموفى به من المطالبة. وهذا يمكن أن يطرح مسائل صعبة تتعلق بالتقييم اللازم لتحديد ما إذا كان الدائن المضمون مضمونا فعلا وإلى أي مدى. فعندما يحوز ثلاثة دائنين، مثلا، مصالح ضمانية بشأن الموجودات ذاتها، قد لا تغطي قيمة تلك الموجودات إلا سداد المطالبة الأولى من حيث الأولوية وجزء من المطالبة الثانية من حيث الأولوية. ومن ثم، قد لا يكون للدائن الثاني حق في التصويت إلا فيما يتعلق بالجزء غير المضمون من مطالبته، بينما يكون الدائن الثالث غير مضمون البتة. ولذلك فإنّ تقييم الموجودات المعنيّة حاسم الأهمية لتحديد مدى تمتع الدائنين المضمونين بالضمان فعلا، وبالتالي لتحديد ما إذا كان يحق لهم أن يصوتوا بصفتهم دائنين غير مضمونين فيما يتعلق بأي جزء من مطالبتهم.

٣٩- وعند تحديد النهج الذي ينبغي اتباعه بشأن هذه المسألة، من المهم تقدير تأثير النهج المنشود في توافر وتكلفة التمويل المضمون وتوفير اليقين والقدرة على التنبؤ إلى أبعد حد

ممكن، وموازنة ذلك بأهداف قانون الإعسار والمنافع التي تعود على الاقتصاد من عمليات إعادة التنظيم الناجحة.

(د) موافقة الدائنين العاديين غير المضمونين

٤٠- يمكن استخدام آليات مختلفة لضمان تمكّن الدائنين العاديين غير المضمونين من التصويت على الخطة على نحو ناجع وفعّال. ومن المستصوب، أيّا كانت الآلية التي يقع عليها الاختيار، أن تكون بسيطة قدر الامكان ومحدّدة بوضوح في قانون الإعسار ضمانا لقابلية التنبؤ وللشفافية.

'١' فئات الدائنين غير المضمونين

٤١- لا ينص عدد من قوانين الإعسار على تقسيم الدائنين غير المضمونين إلى فئات مختلفة، بل يقضي بالأحرى بأن يصوتوا معا كفئة واحدة.

٤٢- وكثيرا ما تعمد الدول التي أنشأت فئات للدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية إلى النص أيضا على تقسيم الدائنين العاديين غير المضمونين إلى فئات مختلفة استنادا إلى مصالحهم الاقتصادية المختلفة. والغرض من إنشاء هذه الفئات هو تعزيز فرص إعادة التنظيم من ثلاث نواح على الأقل، وذلك بتوفير وسيلة مفيدة للتعرف على المصالح الاقتصادية المختلفة للدائنين غير المضمونين؛ وإطار لتحديد بنية أحكام الخطة وضمان حصول كل الدائنين من فئة معيّنة على المعاملة ذاتها؛ ووسيلة تهيئ للمحكمة استخدام تأييد الأغلبية المطلوبة من فئة معيّنة لجعل الخطة ملزمة للفئات المعارضة. ونظرا لأن إنشاء فئات مختلفة يمكن أن يعقّد عملية التصويت، فقد لا يكون ذلك مستصوبا إلا عندما تكون هناك أسباب اضطرارية لمعاملة بعض الدائنين العاديين غير المضمونين معاملة خاصة، ومنهم مثلا عدد كبير من الدائنين الذين لا توجد بينهم مصالح اقتصادية مشتركة والذين تختلف المعاملة التي يُنتظر أن يحظوا بها بمقتضى الخطة. وقد يكون من بين المعايير ذات الصلة في تحديد التشارك في المصالح طبيعةُ الديون التي تنشأ عنها المطالبات؛ وسبل الانتصاف المتاحة للدائنين في غياب خطة لإعادة التنظيم، بما في ذلك مدى استطاعة الدائنين الحصول على سداد مطالباتهم بممارسة سبل الانتصاف تلك. وعندما يكون هناك عدد صغير من الدائنين غير المضمونين أو عندما تكون مصالحهم متشابهة، قد لا تكون هناك حاجة إلى أن يصوّت الدائنون للموافقة على الخطة في فئات مختلفة، مما يبسط عملية التصويت.

'٢' تحديد الفئات

٤٣- يبين بعض قوانين الإعسار الطريقة التي تحدَّد بها فئات الدائنين العاديين غير المضمونين أو مطالباتهم لأغراض الموافقة على خطة إعادة التنظيم. ويتمثل أحد النهُج في أن تصنَّف المطالبات على أساس التشارك في المصالح أو التشابه الكبير بينها، أو على أساس القيمة. وعندما يكون المعيار هو التشارك في المصالح أو التشابه بينها، قد يكون لدى الطرف الذي يقترح الخطة قدر من المرونة في إسناد المطالبات إلى فئة معيّنة. وتنص نهُج أخرى على أن يقدّم ممثل الإعسار توصيات إلى المحكمة قبل أن يصوت الدائنون على الموافقة على الخطة، أو على أن تحدَّد الفئات بداية من قِبل المدين، الذي سيكون لديه قدر محدود من المرونة فيما يتعلق بتشكيل كل فئة؛ ويمكن للدائنين غير المضمونين الذين لا يرضيهم تشكيل الفئة أن يلتمسوا من المحكمة إعادة النظر في ذلك.

(هـ) موافقة حائزو الأسهم

٤٤- ينص بعض قوانين الإعسار على ضرورة موافقة حائزي الأسهم على خطة إعادة التنظيم، على الأقل عندما تؤثر الخطة في شكل الشركة أو في هيكل رأس المال أو عضوية المنشأة المدينة. كما قد يُنتظر من حائزي الأسهم أن يصوتوا في الحالات التي سيحصلون فيها على توزيع بمقتضى الخطة. وعندما يحق لحائزي الأسهم التصويت، ينبغي إشعارهم وتزويدهم بالمعلومات تماما مثل الدائنين الذين يحق لهم التصويت. وعندما تقترح إدارة المنشأة المدينة خطة، ربما تكون أحكام الخطة قد حظيت بموافقة حائزي الأسهم (تبعا لبنية المنشأة المدينة، وقد يكون ذلك مُشترطاً في نظامها الأساسي). وهذا هو الحال غالبا عندما تؤثر الخطة تأثيرا مباشرا في حائزي الأسهم بأن تنص مثلا على تحويل الديون إلى أسهم في رأس المال، إما بإحالة الأسهم الموجودة أو بإصدار أسهم جديدة.

٤٥- وعندما تتوفّر ظروف يسمح فيها قانون الإعسار للدائنين أو لممثل الإعسار باقتراح خطة، وتتجه الخطة إلى تحويل الديون إلى أسهم في رأس المال، يُجيز بعض الدول موافقة الدائنين على الخطة رغم معارضة حائزي الأسهم، بغض النظر عن أحكام الصك التأسيسي للمنشأة المدينة. وقد تفضي خطط من هذا القبيل إلى استبعاد كامل لمصالح حائزي الأسهم الحاليين من المنشأة الجديدة دون موافقتهم.

(و) الأشخاص ذوو الصلة

٤٦- ينص بعض قوانين الإعسار على أنه لا ينبغي للأشخاص ذوي الصلة أن يصوّتوا مع الدائنين الآخرين على الموافقة على الخطة، أو على ألا تؤخذ أصواتهم في الحسبان فيما يتعلق بأغراض معيّنة، مثل تقرير ما إذا كانت فئة من الدائنين تضيرها الخطة قد قبلتها (عندما يكون ذلك شرطا للموافقة عليها). غير أنّ كثيرا من قوانين الإعسار لا تتضمّن أحكاما تتناول تحديدا مسألة الأشخاص ذوي الصلة هذه. ففي تلك الحالات، يصوت الأشخاص ذوو الصلة عموما بالطريقة ذاتها التي يصوت بها غيرهم من الدائنين. لكنّهم يخضعون عموما لأحكام قانون غير خاص بالإعسار فيما يتعلق بتعاملاتهم الشخصية مع المدين ومنشأته.

(ز) متطلبات الموافقة على الخطة

٤٧- يبيّن الكثير من قوانين الإعسار الحد الأدنى من التأييد اللازم من الدائنين للموافقة على الخطة. ويمكن حساب الأغلبية المطلوبة بعدة طرائق مختلفة، تبعا لما إذا كان الدائنون يصوتون في فئات أم لا، ولكيفية معاملة تلك الفئات في تحديد الأغلبية، وكذلك، مثلما نوقش آنفا، تبعا لما إذا كان قانون الإعسار يشترط تصويت أغلبية من الدائنين أو الدائنين كلهم.

'١' عندما لا يجرى التصويت في فئات

٤٨- عندما لا يصوت الدائنون في فئات، يمكن تحديد الأغلبية على أساس التأييد الذي تلقاه الخطة من نسبة عادية أو نسبة مئوية من قيمة المطالبات، أو من عدد الدائنين، أو على أساس النسبة والعدد معا. فبعض القوانين تشترط، مثلا، أن تلقى الخطة تأييدا، على الأقل، من ثلثي أو ثلاثة أرباع إجمالي قيمة الديون وأكثر من نصف عدد الدائنين أو ثلثيه. وبينما تنطبق هذه النسب بصفة عامة على الدائنين المصوتين فعلا على الموافقة على الخطة، فإنّ هناك قوانين تحدد هذه النسب بالإشارة إلى إجمالي قيمة الديون وإجمالي عدد الدائنين، بغض النظر عن تصويتهم أو عدم تصويتهم (انظر الفقرة ٣٢، أعلاه). وهناك أيضا توليفات أخرى مستخدمة.

'٢' عندما يجرى التصويت في فئات

٤٩- عندما يصوت الدائنون في فئات، تُتبع طائفة واسعة من النهُج المختلفة لتحديد ما إذا كانت الخطة موافقا عليها. وهذه النهُج يمكن أن تكون معقَّدة بعض الشيء، حيث إنها يمكن أن تنطوي على متطلبات بشأن موافقة فئة معيَّنة أو بشأن موافقة كل الفئات، مع تحديد الأغلبيات بالإشارة أحيانا إلى الدائنين المصوتين فعلا فقط وأحيانا أخرى إلى إجمالي عدد الدائنين، سواء أكانوا مصوتين أم لا. وأيّا كان النهج المعتمد، من المهم إبانته بوضوح في قانون الإعسار حرصا على توفير اليقين والشفافية للأطراف في إجراءات إعادة التنظيم.

أ- الأغلبية ضمن فئة معيّنة

٥٠- يشترط بعض قوانين الإعسار أن توافق على الخطة أغلبيةُ الدائنين من فئة معيّنة عندما تكون الأغلبية المطلوبة محددة على أساس نسبة مئوية أو نسبة عادية من قيمة المطالبات أو من عدد الدائنين، أو من كليهما. ورغم أنّ الإجراء الذي يشترط كلاًّ من نسبة من قيمة المطالبات ونسبة من عدد الدائنين يزيد من صعوبة التوصل إلى الموافقة، فإنّه يمكن تبريره على أساس أنه يصون الطابع الجماعي للإجراءات. فإذا كان دائن بمفرده يحوز، مثلا، الجزء الأكبر من القيمة، حالت هذه القاعدة دون تمكّن ذلك الدائن من فرض الخطة على جميع الدائنين الآخرين رغما عنهم. كذلك، يمكن أن يمنع حكم كهذا دائنا كبيرا من فرض معارضته للخطة على الدائنين الآخرين بما يضر بمصالحهم، وإن كانت هناك أمثلة لقوانين تمنح فعلا الدائنين الذين يحوزون ديونا تزيد على نسبة مئوية معيّنة من إجمالي قيمة المطالبات سلطة الاعتراض المانع (الفيتو) على الموافقة، أو فرض تحسين لشروط الخطة لصالح جميع الدائنين. كما إنّ إجراء التصويت الذي يجمع بين قيمة المطالبات وعدد الدائنين يحول أيضا دون تمكُّن عدد كبير من الدائنين الذين لهم مطالبات صغيرة من فرض قرارهم على قلة من الدائنين الذين لهم مطالبات كبيرة جدا. ويتضمّن بعض قوانين الإعسار أحكاما تنص على أنه لا يجوز للمحكمة إقرار الخطة حتى عندما تلقى الخطة تأييدا من أغلبية عدد الدائنين إذا كان أولئك الدائنون يمثّلون أقل من نسبة مئوية معيّنة من إجمالي قيمة المطالبات (نحو ٢٥ في المائة أو ٣٠ في المائة، مثلا). ويمكن تبرير هذا الإجراء أيضا على أساس أنه يساعد على ضمان دعم الخطة دعما كافيا للتمكين من تنفيذها بنجاح.

ب– أغلبية الفئات

٥١– يشترط بعض القوانين أن تؤيد كل فئات الدائنين الخطة حتى تتم الموافقة عليها. غير أنّ هناك قوانين قليلة تنص على أنّ تأييد بعض الفئات للخطة يجعلها ملزمة للفئات الأخرى التي لا تؤيدها. فقد تُشترط، على سبيل المثال، أغلبية بسيطة للفئات أو يجوز بمقتضى تلك القوانين، عندما يكون مؤيدو الخطة أقل من أغلبية الفئات، جعل الخطة ملزمة للفئات المعارضة التي لا تؤيد الخطة، شريطة اقتناع المحكمة باستيفاء شروط معيّنة. فأحد القوانين يقضي مثلا بتقسيم المطالبات إلى ثلاث فئات وينص على وجوب موافقة ثلثي تلك الفئات على الأقل وعلى أن يكون من بينها فئة واحدة على الأقل لن تحصل على الأرجح على كامل مطالباتها في حال تقرير تصفية المنشأة المدينة. وتشترط صيغة بديلة أخرى أن يكون من بين الفئات الموافقة على الخطة فئة واحدة على الأقل سوف تعدَّل أو تتأثر حقوقها بمقتضى الخطة، لضمان ألاّ يكون تأييد الخطة من جانب الدائنين الذين لا تعدَّل أو تتأثر حقوقهم فقط. وتنص قوانين أخرى على أنّ تأييد فئات الدائنين غير المضمونين للخطة لا يمكن أن يفرض الموافقة عليها إذا كان الدائنون المضمونون يعارضونها. ويرد مزيد من المناقشة للاشتراطات المتعلقة بإلزام الفئات المعارضة في الفقرات ٥٤–٦٣، أدناه.

٦– عندما تتعذر الموافقة على الخطة المقترحة

(أ) تعديل الخطة المقترحة

٥٢– أيّا كانت آلية التصويت التي يقع عليها الاختيار، من المستصوب أن يكون قانون الإعسار مرنا بما فيه الكفاية للسماح للدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة الذين تعرض عليهم خطة لكي يوافقوا عليها بأن يناقشوها في سياق إجراء التصويت بهدف تحقيق تأييد واسع لها. وعندما تتعذر تلك المفاوضات ويصبح التصويت مقصورا على الخطة بصيغتها المقترحة، فربما تقل حظوظ التوصل إلى الموافقة على تلك الخطة. وربما يتسنى تحقيق المرونة بالسماح لأغلبية من الدائنين بالتصويت لتأجيل موعد الاجتماع المزمع عقده من أجل التصويت على الخطة إذا ما بدا أن إجراء مزيد من التفاوض حول الخطة قد يسفر عن نتيجة إيجابية أو أنه يمكن معالجة نزاعات ومسائل تعذرت تسويتها. غير أنّ من المستصوب، كما هو الحال في العديد من أحكام قانون الإعسار الأخرى، أن يتاح التأجيل في ظروف محدودة أو على الأقل في عدد محدود من المرات، ربما مع تحديد آجال زمنية لتيسير الحسم السريع للمفاوضات الجديدة وتجنُّب التعسّف.

(ب) عدم الموافقة على الخطة

٥٣- عندما لا تحظى خطـة إعادة التنظيم بالموافقة ولا ينتظر من إعادة التفاوض بشأن الخطة وتعديلها أن يحلا الصعوبات المصادفة، يجوز لقانون الإعسار أن يعتمد نُهجا مختلفة إزاء المضي في الإجراءات. فبعض قوانين الإعسار تنص على أنّ عدم الحصول على موافقة على الخطة ينبغي أن يؤخذ على أنه دلالة على أنّ الدائنين يفضلون التصفية وأنه يمكن تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية (انظر الفقرات ٧٢-٧٥، أدناه). وهذا النهج قد يعمل على تشجيع المنشآت المدينة على اقتراح خطة مقبولة، رهنا بوضع ضمانات لمنع التعسف في الحالات التي لا تكون فيها التصفية في صالح جميع الدائنين. وتنص قوانين إعسار أخرى على إسقاط إجراءات إعادة التنظيم من الاعتبار. وفي ظروف عديدة، يتمثل عيب هذا النهج في أنه يترك المدين في ضائقة مالية عندما يحتمل أن يتراكم مزيد من الديون وتتناقص قيمة الموجودات ويصبح لا مفر من إرجاء بدء إجراءات التصفية (يرد مزيد من المناقشة لهذا النهج أدناه، انظر الفقرة ٧١).

٧- إلزام فئات الدائنين المعارضة

٥٤- مثلما ذكر آنفا، فإنّ بعض الدول التي تنص على تصويت الدائنين المضمونين والدائنين ذوي الأولوية للموافقة على الخطة، وتنص على إنشاء فئات مختلفة من الدائنين غير المضمونين، تنص أيضا على إيجاد آلية تتيح الاكتفاء بتأييد فئة واحدة أو أكثر للخطة لجعلها مُلزِمَة للفئات الأخرى (بما فيها، في بعض القوانين، فئات الدائنين المضمونين وذوي الأولوية) التي لا تؤيد الخطة. ويُشار إلى ذلك أحياناً بأنه حكم "الإرغام". وعندما تُدرَج أحكام من هذا القبيل في قانون الإعسار، يتضمّن القانون أيضا بصفة عامة شروطاً تهدف إلى ضمان حماية مصالح فئات الدائنين المعارضة تلك. ومن بين هذه الشروط أن يُحصل على الموافقات اللازمة على الخطة وأن تُجرى عملية الموافقة بشكل سليم؛ وأن يَحصُل الدائنون على قدر يساوي على الأقل ما كانوا سيحصلون عليه في إجراءات التصفية؛ وألاّ تتضمّن الخطة أحكاما تُناقض قانون الإعسار أو غيره من القوانين ذات الصلة؛ وأن تسدَّد المطالبات والنفقات الإدارية بالكامل ما لم يوافق أصحاب تلك المطالبات أو النفقات على معاملة أخرى؛ وأن تعامل مطالبات فئات الدائنين الذين لا يؤيدون الخطة بموجب تلك الخطة وفقا للمرتبة التي مُنحوا إياها بمقتضى قانون الإعسار (بعبارة أخرى، أن تسدَّد مطالبات الدائنين من هذه الفئة بالكامل، سواء نقدا أو عينا، كالأسهم أو غيرها من الأوراق المالية، قبل سداد

مطالبات الدائنين الأدنى مرتبة). وبما أن المحكمة هي التي يطلب منها، بصفة عامة، النظر فيما إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت، فستجري مناقشتها في القسم التالي.

٥٥– وللمحكمة، بمقتضى بعض قوانين الاعسار، صلاحية إصدار أمر بإلزام الدائنين المضمونين بالخطة، شريطة اقتناعها بأنّ شروطا معيّنة قد استوفيت. وقد تشمل هذه الشروط أنّ إنفاذ الدائن المضمون مصلحته الضمانية سيكون له أثر مادي مناوئ في تحقيق أغراض الخطة؛ وأنّ المصالح الضمانية للدائن المضمون ستحظى بحماية كافية بمقتضى الخطة؛ وأنّ وضع الدائن المضمون لن يزداد سوءا بمقتضى الخطة أو نتيجة لها (على سبيل المثال، ستدفع الفوائد المستحقة مستقبلا، ولن تتأثر قيمة الموجودات المرهونة التي تضمن المصلحة الضمانية). وتسمح أحكام مشابهة للمحكمة بإلزام الدائنين ذوي الأولوية بالخطة إذا كان من المزمع أن يُسدَّد لهم كامل مبلغ مطالبتهم ذات الأولوية والفائدة التي تحافظ على القيمة الحالية للمطالبة.

٨– إقرار المحكمة للخطة

٥٦– لا تشترط الدول جميعها إقرار المحكمة لخطة وافق عليها الدائنون؛ فموافقة أغلبية الدائنين المطلوبة هي كل ما يُشترط لكي تصبح الخطة نافذة ويصبح الدائنون المعارضون ملزمين بحكم إعمال قانون الإعسار. ومع ذلك، سيظل للمحكمة، في تلك النظم، دور تؤديه فيما يتعلق بمراجعة الخطة عندما يطعن الدائنون المعترضون أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، بما فيها المدين في الخطة ذاتها أو في الوسائل التي دُبِّرَت بها الموافقة عليها. وتشترط دول أخرى فعلا أن تقرَّ المحكمة الموافَقة على الخطة لكي تصبح نافذة وملزمة.

(أ) الطعون في الموافقة على الخطة

٥٧– تنص قوانين إعسار كثيرة على إمكانية الطعن أمام المحكمة في موافقة الدائنين على الخطة. ويمكن أن تتوقف الطريقة التي يُستمع بها إلى الطعن على الآلية المعتزمة لجعل الخطة نافذة. فإذا لم يكن إقرار المحكمة للخطة لازما، مثلا، جاز للدائنين المعترضين أو الأطراف الأخرى ذات المصلحة، بما فيها المدين، أن يطعنوا فيها أمام المحكمة بعد التصويت على الموافقة. وعندما يشترط قانون الإعسار إقرار المحكمة لخطة موافق عليها، يمكن أن يحصل الطعن في جلسة الإقرار. ومن الضروري أيضا أن يتناول القانون الأطراف التي يجوز لها أن تطعن في الموافقة على الخطة، وتوقيت أي طعن، خاصة عندما يكون الاحتيال هو أساس الطعن. وفي تلك الحالة، ربما يكون من الضروري الاستناد في وضع أي حدود زمنية للطعن في الموافقة إلى وقت اكتشاف الاحتيال. ومن الضروري أيضا أن يتناول القانون النتائج

المترتبة على النجاح في الطعن في الخطة. فهو يمكن أن يتيح مثلا فرصا أخرى للنظر في خطة والموافقة عليها إذا كان ذلك النهج مناسبا لمعالجة الأساس الذي استُند إليه في الطعن، أو يمكن أن ينص على تحويل الإجراءات إلى تصفية.

٥٨- ويحدّد عدد من قوانين الإعسار أسس الطعن في الموافقة على الخطة. ومن أمثلة تلك الأسس حصول الموافقة على الخطة بالاحتيال (مثل تقديم معلومات زائفة أو مُضَلِّلة إلى الدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة أو حجب معلومات أساسية بشأن خطة إعادة التنظيم أو شؤون المدين المالية)؛ أو حصول مخالفة ما للأصول الواجب مراعاتها في إجراء التصويت (مثل مشاركة أشخاص ذوي صلة عندما يكون ذلك غير مسموح به بموجب قانون الإعسار، أو عدم اتساق قرار الموافقة على الخطة مع مصالح الدائنين بوجه عام)؛ أو حصول مخالفة ما للأصول المرعية في تنظيم أو تسيير الاجتماع الذي جرى فيه التصويت (مثل عدم تقديم إشعار واف بالاجتماع)؛ أو تقديم المقترحات الواردة في الخطة لغرض غير نزيه أو اشتمال الخطة على أحكام مخالفة للقانون؛ أو عدم إمكانية تنفيذ الخطة عمليا (مثل الحاجة إلى الموجودات المرهونة لتنفيذ الخطة بنجاح، لكن الدائنين المضمونين غير ملزمين بالخطة و لم يتم التوصل إلى اتفاق مع الدائنين المضمونين المعنيين فيما يتعلق بإنفاذ مصالحهم الضمانية)؛ أو عدم استيفاء الخطة متطلبات حماية الدائنين المعارضين داخل فئة ما (من ذلك مثلا أهم لن يحصلوا بمقتضى الخطة على مقدار يساوي ما كان يمكنهم الحصول عليه في إجراءات التصفية)؛ أو إجحاف المقترحات على نحو غير عادل بمصالح المعترضين؛ أو عدم تقيّد معاملة المطالبات في الخطة بترتيب المطالبات بموجب قانون الإعسار (ما لم يكن هناك اتفاق على تغيير ذلك الترتيب).

٥٩- وبما أنّ من المرجح أن يتعرّض جميع الدائنين لقدر من الإجحاف بسبب إجراءات إعادة التنظيم، فقد يُشترط بوجه عام أن يتجاوز مستوى الإجحاف أو الضرر ما يتكبده دائنون آخرون أو فئات أخرى من الدائنين حتى يتمكّن الدائن من الطعن بنجاح في الموافقة على الخطة على أساس وجود إجحاف أو عدم إنصاف. وعندما يكون الدائن الذي يطعن في الخطة قد صوت لصالحها، يمكن حصر أسس الطعن المتاحة له، كأن تقتصر، مثلا، على الاحتيال أو غيره من الأفعال غير اللائقة.

(ب) الخطوات المطلوبة لإقرار المحكمة

٦٠- عندما يشترط قانون الإعسار إقرار المحكمة للخطة، يُنتَظَر منها عادة أن تقرّ خطة وافقت عليها أغلبية الدائنين المطلوبة (سواء أصوتوا في فئات أم بطريقة أخرى). وكما لوحظ أعلاه، يُتيح بعض الدول للمحاكم أداء دور نشط في إلزام الدائنين، وذلك بجعل

الخطة واجبة النفاذ على فئة من الدائنين لم توافق عليها. وهذا قد يتطلب من المحكمة أن تضطلع بدور يندرج في طبيعة الشكلية القانونية؛ فهو لا يتطلب من المحكمة بحث الاعتبارات التجارية التي استند إليها الدائنون في التصويت تأييدا للخطة، بل التحقق بالأحرى من أنّ الموافقة على الخطة قد حُصل عليها بشكل سليم (أي أنه لا يوجد دليل على حدوث احتيال في عملية نيل الموافقة) وأنّ شروطا معيّنة قد استوفيت.

٦١– وكما ذُكر آنفا (في الفقرة ٥٤)، يمكن أن تكون هذه الشروط مشابهة أو مماثلة لتلك المتعلقة بالطعن في الموافقة على الخطة، وهي: أن تتقاسم فئات الدائنين المعارضة المنافع الاقتصادية للخطة؛ وأن تتلقى فئات الدائنين المعارضة في إطار الخطة ما لا يقل على ما كان يمكن أن تتلقاه في التصفية؛ وألا يحصل أي دائن على أكثر من كامل قيمة مطالبته؛ وأن تراعي الخطة الترتيب العادي للمطالبات بمقتضى قانون الإعسار؛ وأن يعامَل الدائنون ذوو المرتبة المتماثلة على قدم المساواة. ويسمح بعض قوانين الإعسار لفئات الدائنين غير المضمونين التي لا تحق لها الأولوية أن تقبل، بواسطة تصويت الأغلبية المطلوبة من تلك الفئة، بتحديد للمراتب يختلف عن تحديد المراتب المنطبق على التوزيع في عملية تصفية بمقتضى قانون الإعسار. ويمكن أن تقبل فئة من الدائنين العاديين غير المضمونين الذين لن يتلقوا سدادا كاملا، مثلا، بالتوزيع على فئة من أصحاب المطالبات الثانوية من حيث المرتبة أو حائزي الأسهم الذي يحتلون مرتبة ثانوية. ويُشترط بوجه عام أن يتم التسديد الكامل للمطالبات والنفقات التي هي إدارية أو التي تحظى بالأولوية في الدفع لكي يتسنى إقرار خطة إعادة التنظيم، ما لم يوافق صاحب المطالبة أو مستحق النفقات المتكبدة على تلقي معاملة مختلفة. ويشترط بعض القوانين أن تقيّم المحكمة مسائل إضافية، ومنها مثلا ما إذا كان يمكن اعتبار الخطة منصفة فيما يخص تلك الفئات التي عدِّلت أو تأثرت مصالحها بمقتضى الخطة ولكنها صوّتت مع ذلك للموافقة على الخطة.

٦٢– كذلك، يُعطي بعض قوانين الإعسار المحكمة سلطة رفض خطة على أساس أنه يصعب أو يستحيل تنفيذها من منظور عملي لا اقتصادي. وقد يكون لهذا النهج ما يبرره، على سبيل المثال، عندما لا يكون الدائنون المضمونون مُلزَمين بالخطة ولا تنص الخطة مع ذلك على سداد كامل لمطالباتهم المضمونة. ويجوز للمحكمة أن ترفض الخطة في مثل هذه الحالة إذا رأت أنّ الدائنين المضمونين سوف يُنفذون حقوقهم على الموجودات المرهونة، ويجعلون الخطة، بالتالي، مستحيلة التنفيذ. ويمكِن معالجة احتمال حدوث ذلك في الأحكام المتعلقة بإعداد الخطة والموافقة عليها.

٦٣- وكلما ازداد تعقّد القرارات المطلوب من المحكمة اتخاذها فيما يتعلق بالموافقة أو الإقرار تطلَّب الأمر مزيدا من المعرفة والخبرة الفنية ذاتي الصلة لدى القضاة، وزادت إمكانية تدخل القضاة في قرارات هي أساسا قرارات تجارية يعود اتخاذها للدائنين بشأن قبول الخطة أو رفضها. ومن المستصوب جدا، بصفة خاصة، ألا يشترط القانون على المحكمة مراجعة الأساس الاقتصادي والتجاري لقرار الدائنين (بما في ذلك مسائل الإنصاف التي لا صلة لها بإجراء الموافقة، وإنما لها صلة بجوهر ما اتُفق عليه) أو يسمح لها بذلك، ولا أن يطلب منها مراجعة جوانب معيّنة من الخطة فيما يتعلق بجدواها الاقتصادية، ما لم تكن الظروف التي يمكن فيها ممارسة هذه الصلاحية محددة تحديدا دقيقا أو ما لم يكن للمحكمة الاختصاص والخبرة اللازمان لممارسة المستوى الضروري من الحصافة في الأمور الاقتصادية والتجارية. ولهذه الأسباب، من المستصوب أن توضع بعناية اشتراطات موافقة الدائنين على الخطة وإقرار المحكمة لها بغية الحد قدر الامكان من احتمال بروز مشاكل من النوع الذي نوقش هنا.

٩- مفعول الخطة التي حظيت بالموافقة وأُقرَّت، عندما يُشترط إقرارها

٦٤- عندما توافق الأغلبية المطلوبة من الدائنين وحائزي الأسهم على الخطة، وتُقرّها المحكمة عندما يُشترط إقرارها، تنص قوانين الإعسار بصفة عامة على أن تكون الخطة ملزمة لجميع الدائنين العاديين غير المضمونين المتأثرين، بمن فيهم الدائنون الذين صوّتوا لصالح الخطة، والدائنون المعارضون، والدائنون الذين لم يصوّتوا على الخطة وحائزو الأسهم. وينص بعض قوانين الإعسار أيضا على أن تُلزم الخطة المديرين وغيرهم من الأطراف حسب ما تحدده المحكمة. ويشترط بعض قوانين الإعسار أن تُمنع الأطراف التي يسري عليها الإلزام من أن تقدم طلباً إلى المحكمة لتصفية المنشأة المدينة (باستثناء ظروف محددة، كالحالات التي يخفق فيها التنفيذ أو يقصِّر فيها المدين عن أداء التزاماته حسبما هو مطلوب بمقتضى الخطة)، أو لبدء إجراءات قانونية إزاء المدين أو مواصلتها، أو لمتابعة الإنفاذ بدون موافقة المحكمة. وينص بعض القوانين أيضاً على أنه حالما يوافق الدائنون على الخطة، وتقرّها المحكمة عند الاقتضاء، تعود ملكية حوزة الإعسار إلى سيطرة المدين لتنفيذ الخطة (ما لم تنصّ الخطة على خلاف ذلك) ويمكن أن تبرّأ ذمة المدين من الديون والمطالبات عملا بالخطة.

١٠- الطعون في الخطة بعد إقرار المحكمة لها

٦٥- ينص العديد من قوانين الإعسار التي تشترط إقرار المحكمة على أنه يمكن الطعن في الخطة في المحكمة عقب جلسة إقرارها (في بعض الحالات في غضون فترة زمنية محددة). واستنادا إلى كون المحكمة مطالبة بالتأكد من توفّر عدد من الشروط قبل إقرار أي خطة، فإنّ الأسس التي يرتكز إليها الطعن بعد الإقرار هي أضيق عموما من أسس الطعن في وقت الإقرار وتكون مقصورة، مثلا، على الاحتيال. وعندما يسمح قانون الإعسار بهذا الطعن بعد الإقرار، قد يكون من المستصوب تحديد فترة زمنية بعد اكتشاف الاحتيال يمكن في غضونها القيام بالطعن وتحديد من يجوز له القيام بذلك. وعندما يستجاب للطعن في خطة أقرت بالفعل، يجوز لقانون الإعسار أن يعتمد خيارات مختلفة. فمثلا، يمكن إلغاء الخطة وتحويل الإجراءات إلى إجراءات تصفية. ويمكن كبديل لذلك رفض الإجراءات وإعادة الموجودات إلى سيطرة المدين. وهذا النهج الأخير لا يحل ضائقة المدين المالية وقد يؤدي ببساطة إلى تأخير بدء إجراءات التصفية وإلى زيادة تناقص قيمة موجودات المدين قبل بدء تلك الإجراءات في النهاية. وبغية تحديد الإجراء الأنسب الذي ينبغي اتخاذه في تلك الظروف، يقتضي الأمر أن يؤخذ في الاعتبار إلى أي مدى نُفّذت الخطة فعلا، وكيف ينبغي أن تُعامَل الخطوات التي اتخذت في تنفيذها، ومنها مثلا تسديد مبالغ للدائنين، وإلى أيّ مدى يمكن معالجة الأسباب التي استُند إليها في الطعن في الخطة بنجاح.

١١- تعديل الخطة بعد موافقة الدائنين عليها

٦٦- يمكن أن يتضمّن قانون الإعسار حكماً محدودا يتعلق بتعديل خطة بعد موافقة الدائنين عليها (وكذلك قبل إقرارها وبعده) إذا ما أخفق تنفيذها أو اتضح عدم إمكان تنفيذها، سواء كليا أو جزئيا، وإذا أمكن معالجة المشكلة المحددة. ومن بين قوانين الإعسار التي تسمح بالتعديل، ينص بعضها على ألاّ تعدل الخطة إلاّ إذا كانت التعديلات المقترحة تخدم على أحسن وجه مصالح الدائنين. وتنص قوانين أخرى على أنه يمكن تعديل الخطة إذا كانت هناك ظروف تبرر التعديل وظلت الخطة، بصيغتها المعدّلة، تستوفي اشتراطات قانون الإعسار فيما يتعلق، على سبيل المثال، بالمحتوى وفئات الدائنين وإشعار الدائنين. وبوجه عام، يُسمح لأي طرف ذي مصلحة باقتراح تعديل للخطة في أي وقت. والتقييد الوحيد الذي يمكن أن ينطبق من حيث التوقيت يتعلق بموافقة المحكمة على التعديل. وهذا الاشتراط يقتضي أن تظل الإجراءات مفتوحة وأن تكون للمحكمة ولاية قضائية في هذا الشأن. وإذا

اختُتمت الإجراءات بعد الموافقة على الخطة (وإقرارها)، ربما كانت موافقة الدائنين المتأثرين على التعديل المقترح كافية، ما لم يُفرض اشتراط آخر.

٦٧- وتبعا لطبيعة التعديل، قد لا يكون من اللازم الحصول على موافقة جميع فئات الدائنين، إذ قد يتبين في بعض الحالات أنّ من الصعب الحصول على هذه الموافقة. وقد تشمل النهُج البديلة السماح بصدور الموافقة على التعديلات الصغيرة عن المحكمة أو الدائنين المتأثّرين بالتعديل؛ أو اشتراط إشعار الدائنين الذين أيدوا الخطة بالتعديلات المقترحة والسماح لهم بالاعتراض عليها في غضون فترة زمنية محددة وإلاّ اعتُبروا موافقين على تلك التعديلات. ويجوز اتباع النُّهج ذاتها إزاء الدائنين الذين لم يوافقوا على الخطة. وعندما يكون التعديل المقترح هاما، قد يُشترط أن يوافق عليه جميع الدائنين. وقوانين الإعسار التي تشترط إقرار المحكمة للخطة يمكن أن تشترط أيضا استيفاء التعديلات للقواعد أو الشروط المتعلقة بالإقرار. ومن المستصوب أن يتناول قانون الإعسار عواقب عدم الحصول على الموافقة اللازمة على التعديلات المقترحة. وهي يمكن أن تكون شبيهة بتلك التي نوقشت أعلاه فيما يتعلق بعدم موافقة الدائنين على الخطة والطعن في الخطة بنجاح، مع مراعاة ما سبق اتخاذه من خطوات تنفيذا للخطة والمعاملة التي يُعتزم تخصيصها للمدفوعات التي نُفذت والعقود المتواصلة وما إلى ذلك.

٦٨- وأيّا كان النهج المعتمد، من المستصوب أن يشترط قانون الإعسار إشعار الدائنين المعنيين (سواء كل الدائنين أم الدائنين المتأثرين فقط) بأيّ تعديلات مقترحة وأن يحدّد الطرف المسؤول عن توجيه الإشعار، وأن يشترط أيضا الإفصاح عن المعلومات ذات الصلة بإخفاق الخطة والتعديل المقترح.

١٢- تنفيذ الخطة

٦٩- يستطيع المدين تنفيذ العديد من الخطط دون أن تكون هناك حاجة إلى مزيد من التدخل أو الإشراف من قبل المحكمة أو ممثل الإعسار، خاصة في حال إعادة تنظيم منشأة المدين المتملِّك. ولن يكون من الممكن ممارسة مزيد من التدخل والإشراف عموما عندما ينص قانون الإعسار على اختتام الإجراءات حالما تصبح الخطة نافذة. وبموجب قوانين أخرى تنص على اختتام الإجراءات عند تنفيذ الخطة بنجاح، قد يكون من الضروري أحيانا أن يتولى شخص مستقل الإشراف على التنفيذ أو مراقبته. وينص عدد من قوانين الإعسار على أنّ للمحكمة دوراً مستمراً في الإشراف على المنشأة المدينة بعد الموافقة على الخطة، ريثما ينتهي تنفيذها. وقد يكون هذا مهما عندما تبرز مسائل تتعلق بتفسير أداء أو التزامات المدين

أو غيره. وتتخذ بعض الدول ترتيبات لكي تأذن المحكمة باستمرار الإشراف على أمور المنشأة المدينة، بدرجات مختلفة، حيث يقوم بذلك مشرف أو ممثل إعسار بعد الموافقة على الخطة. وثمة كذلك نهج آخر يجيز للدائنين أن يعيّنوا مشرفا أو ممثلا لكي يسهر على تنفيذ الخطة.

١٣– عندما يخفق تنفيذ الخطة

٧٠– عندما يقصّر المدين في أداء التزاماته بموجب الخطة أو يتعطل تنفيذ الخطة لسبب آخر، تنص قوانين الإعسار على طائفة متنوعة من العواقب. فبعض قوانين الإعسار تنص على أنه يجوز للمحكمة أن تنهي الخطة وتحوّل الإجراءات إلى تصفية (انظر أدناه). وتنص قوانين أخرى على ألاّ تُنهى الخطة إلاّ فيما يتعلق بالالتزام المحدد الذي أُخلّ به (وتظل الخطة قائمة فيما عدا ذلك). ولا يكون الدائن الذي أُخلَّ بالالتزام تجاهه ملزما بالخطة وتقام مطالبته من جديد (إذا كان قد وافق على الحصول على مبلغ أقل بمقتضى الخطة) بمبلغها الكامل. وفي بعض الحالات، لا يحدث ذلك إلا عندما يكون المدين قد تراكمت عليه المتأخرات[٢] بدرجة كبيرة في أداء التزاماته بمقتضى الخطة. وفي بعض الدول، يجوز أن تحدد عواقب التقصير في الخطة ذاتها.

٧١– وقد يتمثل نهج آخر في اعتبار إجراءات الإعسار منتهية وفي السماح للدائنين بالتماس سبل الانتصاف التي هي متاحة بموجب القانون. وكما نُوقش سابقا، فإنّ هذا النهج قد لا يحلّ صعوبات المدين المالية، تبعا للمرحلة التي كان قد بلغها تنفيذ الخطة عندما أخفقت، ويمكن أن يؤدّي إلى سباق على الموجودات كان المقصود من بدء الإجراءات الجماعية تجنّبه. بيد أنه قد تكون ثمة حالات يتمثّل فيها مسار الإجراء المناسب في السماح للمحكمة بإقفال الإجراءات القضائية والإذن للأطراف ذات المصلحة بممارسة حقوقها بمقتضى القانون. ومن الأمثلة على ذلك الحالة التي تكون فيها الموجودات الباقية مرهونة تماما، ولن توزّع على الدائنين غير المضمونين. وفي بعض الظروف وتبعا للمرحلة التي بلغها تنفيذ الخطة، قد يتمثّل النهج التوفيقي في السماح للدائنين باقتراح خطة مختلفة يقدمونها خلال فترة زمنية محددة، وعدم جواز البدء في التصفية إلاّ عندما يتعذر إعداد خطة مقبولة في حدود تلك الفترة الزمنية. ويجب الاعتراف بوجوب إقامة توازن بين عوامل مختلفة منها الوقت اللازم للتفاوض

---

(2) يشترط أحد القوانين أن يكون الدائن قد قدّم طلبا بسداد الالتزام المستحق لكن المدين لم يستجب في غضون فترة زمنية دنيا لا تقل عن أسبوعين.

حول خطة، وتحقيق أفضل نتيجة للدائنين، وضمان زيادة القيمة إلى أقصى حد، وضرورة تسيير الإجراءات بسرعة.

١٤- تحويل الإجراءات إلى تصفية

٧٢- قد تنشأ عدة ظروف في مسار إجراء إعادة التنظيم يكون من المستصوب فيها أن يسمح قانون الإعسار بتحويل الإجراءات إلى تصفية. ويمكن أن تكون الدواعي الرئيسية لذلك التحويل عدم اقتراح خطة لإعادة التنظيم أو الموافقة عليها، أو عدم الموافقة على التعديلات المقترحة التي هي لازمة لتنفيذ الخطة؛ أو عدم الحصول على إقرار (عندما يشترط إقرار المحكمة)؛ أو الطعن الناجح في خطة تمت الموافقة عليها أو تم إقرارها، أو تصويت الأغلبية في اجتماع للدائنين على إنهاء إجراءات إعادة التنظيم، أو التقصير المادي أو الجسيم للمدين في الوفاء بالتزاماته بموجب الخطة، أو الإخفاق في التنفيذ لسبب آخر. وبعض هذه الظروف لا تنطبق إلاّ على النُّظم التي تشرف فيها المحكمة على تنفيذ الخطة وتحتفظ فيها بولايتها القضائية على المنشأة المدينة بعد الموافقة.

٧٣- وقد يكون من المناسب أيضا النظر في التحويل عندما يتقرر أنه ليس هناك احتمال معقول لإعادة تنظيم المنشأة بنجاح؛ أو عندما يبدو أنّ المدين يسيء استعمال إجراءات إعادة التنظيم إمّا بعدم التعاون مع ممثل الإعسار أو المحكمة (حجب المعلومات مثلا)؛ أو التصرُّف بسوء نية (القيام بإحالات احتيالية مثلا)؛ أو عندما تواصل المنشأة تكبد خسائر أثناء فترة إعادة التنظيم؛ أو عندما لا تدفع النفقات الإدارية. ويفرض بعض القوانين أيضا على ممثل الإعسار التزاما بإنهاء إدارة إجراءات إعادة التنظيم حالما يتبيّن أنّ إعادة التنظيم لن تكون ممكنة، وذلك لصون القيمة للدائنين. ومن شأن النص في قانون الإعسار على تحويل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية أن يتيح قابلية التنبؤ بشأن الحل النهائي للإجراءات. وإذا كان تحويل الإجراءات إلى تصفية يستلزم تقديم طلب جديد بشأن بدء الإجراءات، بدلا من الاعتماد على الطلب الأصلي ليكون الأساس المستند إليه في الإجراءات المحوَّلة، ربما أدّى ذلك إلى مزيد من التأخير وإلى انخفاض في القيمة. ومن ثم، فقد يقتضي الأمر النظر في الاشتراطات الإجرائية بشأن بدء الإجراءات المحوَّلة وتسييرها.

٧٤- وعندما تحوّل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية، يكون من الضروري أيضا أن ينظر قانون الإعسار في حالة أي إجراءات اتخذها ممثل الإعسار قبل الموافقة على الخطة؛ ومواصلة تطبيق الوقف، خصوصا على الدائنين المضمونين، عندما يتضمّن قانون الإعسار أجلا محسوبا بالرجوع إلى وقت البدء؛ ومعاملة المبالغ المسددة أثناء تنفيذ الخطة قبل تحويل الإجراءات إلى

تصفية؛ ومعاملة مطالبات الدائنين التي تمت تسويتها في إعادة التنظيم. فقد تحتاج المبالغ المسددة أثناء إعادة التنظيم إلى حماية من إعمال أحكام الإبطال. أما المطالبات التي تمت تسويتها في إعادة التنظيم فيمكن إعادة إقامتها بكامل قيمتها في أي تصفية لاحقة أو يمكن إنفاذها بالشكل الذي تمت تسويتها به فقط. وأمّا مسألة عدم التنفيذ فيمكن أيضا تناولها في خطة إعادة التنظيم، التي يمكن أن تحدد حقوق الدائنين في تلك الحالة. وهذا النهج يبسّط مسألة معاملة تلك المطالبات ويتجنب مسائل يمكن أن تكون صعبة ذات صلة بالقانون الواجب التطبيق.

٧٥– وعندما يجيز قانون الإعسار التحويل، يثار سؤال في هذا الشأن، وهو كيف يمكن إحداث التحويل؛ فهل ينبغي أن يحدث آليا حالما تستوفى شروط معيّنة أم أنه يستوجب من ممثل الإعسار أو غيره من الأطراف ذات المصلحة تقديم طلب إلى المحكمة في هذا الشأن. ويستطيع ممثل الإعسار أن يؤدي دورا رئيسيا في استهلال عملية التحويل، لأنه هو الطرف الذي تتوفّر لديه، بعد المدين أو إدارته، أكبر معرفة بالنشاط التجاري للمنشأة المدينة، وأنه غالبا ما يعلم في مرحلة مبكرة من الإجراءات ما إذا كانت منشأة المدين قادرة أو غير قادرة على البقاء. وإضافة إلى ذلك، قد يكون من المعقول السماح للدائنين أو سائر الأطراف ذات المصلحة أن يلتمسوا من المحكمة تحويل الإجراءات. ويمكن أيضا منح المحكمة صلاحية التحويل بناء على مبادرة منها عندما تُستوفى شروط معينة.

التوصيات ١٣٩–١٥٩

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بخطة إعادة التنظيم هو:

(أ) تيسير إنقاذ المنشآت التجارية الخاضعة لقانون الإعسار، مما يحافظ على العمالة ويحمي، في الحالات المناسبة، الاستثمار؛

(ب) تبيّن المنشآت التجارية القادرة على إعادة التنظيم؛

(ج) زيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد؛

(د) تيسير التفاوض على خطة إعادة التنظيم والموافقة عليها وتثبيت أثر الموافقة، بما في ذلك جعل الخطة ملزمة للمدين والدائنين وغيرهم من الأطراف ذات المصلحة؛

(هـ) معالجة عواقب الإخفاق في اقتراح خطة إعادة تنظيم مقبولة أو في الحصول على الموافقة على الخطة، بما في ذلك تحويل الإجراءات إلى تصفية في ظروف معيّنة؛

(و) النص على تنفيذ خطة إعادة التنظيم وعلى عواقب عدم التنفيذ.

مضمون الأحكام التشريعية

اقتراح خطة لإعادة التنظيم (الفقرات ٦-١٦)

١٣٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يمكن اقتراح خطة عند تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بعد ذلك أو في غضون فترة زمنية محددة بعد بدء إجراءات الإعسار:

(أ) ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الفترة الزمنية؛

(ب) ينبغي أن يؤذن للمحكمة أن تمدّد الفترة الزمنية في الظروف المناسبة.

١٤٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أن الخطة يجوز اقتراحها عند تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار أو بعده أو في غضون فترة زمنية محددة بعد بدء إجراءات الإعسار: وعندما تُحوّل إجراءات التصفية إلى إجراءات إعادة تنظيم، ينبغي أن يتناول قانون الإعسار أيضا أثر ذلك التحويل في الحدود الزمنية لاقتراح الخطة.

إعداد بيان إفصاحي (الفقرة ٢٣)

١٤١- ينبغي أن يشترط قانون الإعسار أن تكون الخطة مشفوعة ببيان إفصاحي يمكّن الذين يحق لهم التصويت على الموافقة على الخطة من اتخاذ قرار مدروس بشأن الخطة. وينبغي للطرف الذي يُعدّ الخطة أن يُعدّ البيان الإفصاحي.

عرض الخطة والبيان الإفصاحي (الفقرة ٢٣)

١٤٢- ينبغي أن يوفّر قانون الإعسار آلية لعرض الخطة والبيان الإفصاحي على الدائنين وحائزي الأسهم.

مضمون البيان الإفصاحي (الفقرتان ٢٤ و٢٥)

١٤٣– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ البيان الإفصاحي يشمل ما يلي:[٣]

(أ) ملخصا للخطة؛

(ب) معلومات تتعلق بوضع المدين المالي، بما في ذلك موجوداته والتزامته والتدفق النقدي المتوفّر لديه؛

(ج) المعلومات غير المالية التي يمكن أن يكون لها أثر في أداء المدين في المستقبل؛

(د) مقارنة بين المعاملة التي تكفلها الخطة للدائنين وما كان بإمكانهم الحصول عليه في إجراءات التصفية؛

(هـ) الأساس الذي ستتمكن المنشأة التجارية بناء عليه من مواصلة نشاطها التجاري وإعادة تنظيمها بنجاح؛

(و) معلومات تبين أنّ ترتيبات ملائمة قد اتُّخذت لتلبية كل الالتزامات الواردة في الخطة، اعتبارا لمفعول تلك الخطة،

(ز) معلومات عن آليات التصويت المعمول بها للموافقة على الخطة.

مضمون الخطة (الفقرات ١٨–٢٢)

١٤٤– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الحد الأدنى من المحتويات التي ينبغي أن تتضمّنها الخطة. فالخطة ينبغي أن:

(أ) تحدّد كل فئة من فئات الدائنين والمعاملة التي تنص عليها الخطة بشأن كل واحدة من هذه الفئات (مثل مقدار ما ستحصل عليه وتوقيت السداد، إن وُجد)؛

(3) عندما لا يعد ممثل الإعسار الخطة والبيان أو لا يشارك في إعدادهما، ينبغي أن يُطلب منه أن يعلّق على كلا الصكين. وينبغي أن تخضع المعلومات المدرجة في البيان الإفصاحي لالتزامات السرّية، وهي قد نوقشت في التوصية ١١١ والفقرات ٢٨ و٥٢ و١١٥ من الفصل الثالث.

(ب) تبيّن بالتفصيل معاملة حائزي الأسهم؛

(ج) تبيّن بالتفصيل بنود الخطة وشروطها؛

(د) تبيّن دور المدين في تنفيذ الخطة؛

(هـ) تحدّد المسؤولين عن إدارة المنشأة المدينة في المستقبل والإشراف على تنفيذ الخطة وتبيّن علاقتهم بالمدين وأجورهم؛

(و) تبيّن الطريقة التي ستنفذ بها الخطة.

آليات التصويت (الفقرات ٢٦-٥١)

١٤٥- ينبغي أن يضع قانون الإعسار آلية للتصويت بشأن الموافقة على الخطة. وينبغي أن تتناول هذه الآلية تحديد الدائنين وحائزي الأسهم الذين يحق لهم التصويت على الخطة؛ والطريقة التي سيجرى بها التصويت، إمّا في اجتماع يعقد لذلك الغرض وإمّا عن طريق البريد أو بوسائل أخرى، بما فيها الوسائل الإلكترونية والتصويت بالوكالة؛ وما إذا كان ينبغي أن يصوت الدائنون وحائزو الأسهم في فئات حسب حقوقهم الخاصة أم لا.

١٤٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائن أو حائز الأسهم الذي عُدّلت حقوقه أو تأثرت بمقتضى الخطة لا يكون ملزما بأحكامها ما لم تتح لذلك الدائن أو حائز الأسهم فرصة للتصويت بشأن الموافقة على الخطة.

١٤٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ليس لأي دائن أو حائز أسهم أو فئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم الحقّ في التصويت بشأن الموافقة على الخطة، عندما تنص تلك الخطة على أنّ حقوق ذلك الدائن أو حائز الأسهم أو تلك الفئة من الدائنين أو من حائزي الأسهم لم تُعدّل أو تتأثر بالخطة.

١٤٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ الدائنين الذين يحق لهم التصويت بشأن الموافقة على الخطة ينبغي تصنيفهم على حدة بحسب حقوقهم وأنّ كل فئة منهم ينبغي أن تصوّت على انفراد.

١٤٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ينبغي إتاحة المعاملة ذاتها لكل الدائنين وحائزي الأسهم المنتمين إلى الفئة ذاتها.

موافقة الفئات (الفقرات ٤٩-٥١ و٥٤-٥٥)

١٥٠- عندما يجري التصويت بشأن الموافقة على خطة بالرجوع إلى الفئات، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار كيف سيعامَل التصويت المتحقق في كل فئة لأغراض الموافقة على الخطة. ويمكن اتّباع نُهُج مختلفة، منها اشتراط موافقة كل الفئات أو موافقة أغلبية محددة من الفئات، ولكن يجب أن توافق على الخطة فئةٌ واحدة على الأقل من الدائنين الذين عُدّلت أو تأثرت حقوقهم بمقتضى الخطة.

١٥١- عندما لا يشترط قانون الإعسار موافقة كل الفئات على الخطة، ينبغي أن يتناول قانون الإعسار كيفية معاملة الفئات التي لا تصوّت تأييدا للخطة التي هي بخلاف ذلك تحظى بموافقة الفئات المطلوبة. وينبغي أن تكون تلك المعاملة متسقة مع الأسس المبيّنة في التوصية ١٥٢.

إقرار الخطة الموافق عليها (الفقرات ٥٦ و٦٠-٦٣)

١٥٢- عندما يشترط قانون الإعسار إقرار المحكمة للخطة الموافق عليها، ينبغي أن يشترط قانون الإعسار على المحكمة أن تقرّ الخطة إذا استوفت الشروط التالية:

(أ) تم الحصول على الموافقات المطلوبة وجرت عملية الموافقة على نحو سليم؛

(ب) سيحصل الدائنون بمقتضى الخطة على قدر يساوي على الأقل ما كانوا سيحصلون عليه في التصفية، ما لم يوافقوا تحديدا على تلقي معاملة أقل؛

(ج) لا تتضمّن الخطة أحكاما مخالفة للقانون؛

(د) ستُسدّد المطالبات والنفقات الإدارية بالكامل، باستثناء الحالات التي يوافق فيها صاحب المطالبة أو المبلغ المنفق على الحصول على معاملة مختلفة؛

(هـ) باستثناء الحالات التي توافق فيها فئات الدائنين المتأثرة بالخطة على خلاف ذلك، إذا صوتت فئة من فئات الدائنين بعدم الموافقة على الخطة، وجب أن تتلقى تلك

الفئة بمقتضى الخطة اعترافا كاملا بمرتبتها بموجب قانون الإعسار وأن يراعى ذلك الترتيب عند التوزيع على تلك الفئة بمقتضى الخطة.

الطعون في الموافقة (عندما لا يكون الإقرار لازما) (الفقرات ٥٧-٥٩)

١٥٣- عندما تصبح الخطة ملزمة لدى موافقة الدائنين عليها، دون اشتراط إقرارها من قِبل المحكمة، ينبغي أن يأذن قانون الإعسار للأطراف ذات المصلحة، بما فيها المدين، أن تطعن في الموافقة على الخطة. وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار المعايير التي يمكن الاستناد إليها في تقييم الطعن، وينبغي أن تشمل هذه المعايير ما يلي:

(أ) ما إذا كانت الأسس المبينة في التوصية ١٥٢ قد استوفيت؛

(ب) الاحتيال، وفي تلك الحالة ينبغي أن تنطبق شروط التوصية ١٥٤.

الطعون في خطة تم إقرارها (الفقرة ٦٥)

١٥٤- ينبغي أن يأذن قانون الإعسار بالطعن في خطة تم إقرارها على أساس الاحتيال. وينبغي أن يحدّد قانون الإعسار:

(أ) أجلا للقيام بهذا الطعن بالرجوع إلى وقت اكتشاف الاحتيال؛

(ب) الطرف الذي يجوز له القيام بهذا الطعن؛

(ج) أن الطعن ينبغي أن يُرفع إلى المحكمة.

تعديل الخطة (الفقرتان ٥٢ و٦٦)

١٥٥- ينبغي أن يأذن قانون الإعسار بتعديل الخطة وأن يحدّد الأطراف التي يجوز لها اقتراح تعديلات والوقت الذي يمكن فيه تعديل الخطة، بما في ذلك ما بين عرضها والموافقة عليها، وما بين الموافقة عليها وإقرارها، وبعد إقرارها وأثناء تنفيذها، عندما تظل الإجراءات مفتوحة.

الموافقة على التعديلات (الفقرتان ٦٧ و٦٨)

١٥٦- ينبغي أن يضع قانون الإعسار آلية للموافقة على تعديلات الخطة التي كان قد وافق عليها الدائنون. وينبغي أن تشترط تلك الآلية توجيه إشعار إلى الدائنين وسائر الأطراف المتأثرة بالتعديل المقترح؛ وأن تحدّد الطرف المطالَب بالإشعار؛ وأن تشترط موافقة الدائنين وسائر الأطراف المتأثرين بالتعديل؛ وأن تشترط استيفاء القواعد المحددة لإقرارها (عندما يكون الإقرار لازما). وينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أيضا العواقب المترتبة على الاخفاق في ضمان الموافقة على التعديلات المقترحة.

الإشراف على التنفيذ (الفقرة ٦٩)

١٥٧- يجوز أن ينشئ قانون الإعسار آلية للإشراف على تنفيذ الخطة، وهي يمكن أن تشمل الإشراف من قِبل المحكمة أو من قِبل مشرف تعيِّنه المحكمة أو من قِبل ممثل الإعسار أو من قِبل مشرف يعيِّنه الدائنون.[٤]

تحويل الإجراءات إلى تصفية (الفقرات ٧٢-٧٥)

١٥٨- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنّ المحكمة يجوز لها أن تحوّل إجراءات إعادة التنظيم إلى تصفية، عندما:

(أ) لا تُقترح خطة في غضون أي فترة زمنية يحدّدها القانون ولا توافق المحكمة على تمديد تلك الفترة؛

(ب) لا تحظى الخطة المقترحة بالموافقة؛

(ج) لا تحظى الخطة الموافق عليها بالإقرار (عندما يشترط قانون الإعسار الإقرار)؛

(د) يُطعن بنجاح في خطة تمت الموافقة عليها أو تم إقرارها؛

(4) عندما تشمل الإجراءات مدينا متملكا، أو عندما تُختتم الإجراءات بالموافقة على الخطة، قد لا يكون من الضروري تعيين مشرف.

(هـ) يكون هناك إخلال كبير من جانب المدين بشروط الخطة أو عجز عن تنفيذ الخطة.[٥]

عدم تنفيذ الخطة (الفقرتان ٧٠ و٧١)

١٥٩- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أنه يجوز للمحكمة أن تقفل الإجراءات القضائية ويجوز للأطراف ذات المصلحة أن تمارس حقوقها بموجب القانون عندما يكون هناك إخلال كبير بشروط الخطة من جانب المدين أو عندما يتعذّر تنفيذ الخطة.

باء- إجراءات إعادة التنظيم المعجلة[٦]

١- مقدّمة

٧٦- مثلما نوقش في الجزء الأول من الدليل التشريعي، يمكن أن تتخذ إعادة التنظيم واحدا من عدة أشكال. ومن بين هذه الأشكال مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية غير الرسمية (أي التي تجرى خارج المحكمة)، وهي عملية لا تتطلب سوى القليل من التدخل من قبل المحكمة أو لا تتطلب تدخّلها البتة وتعتمد أساسا على اتفاق الأطراف المعنية، وإجراءات إعادة التنظيم التي تجرى وفقا لقانون الإعسار وبإشراف رسمي من المحكمة (يشار إليها فيما يلي بعبارة "إجراءات إعادة التنظيم الكاملة"). وهذه الإجراءات الأخيرة تُشرك عموما كل دائني المدين وتنطوي على صوغ الدائنين وسائر الأطراف ذات المصلحة خطة لإعادة التنظيم والموافقة عليها بعد بدء الإجراءات. ولكن، يمكن أن تشمل إعادة التنظيم أيضا إجراءات تبدأ من أجل إنفاذ خطة تفاوَض حولها الدائنون المتأثرون واتفقوا عليها في سياق مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية التي تجري قبل بدء الإجراءات، عندما يسمح قانون الإعسار للمحكمة بتعجيل تسيير تلك الإجراءات (يشار إلى ذلك في هذا الباب بعبارة "إجراءات إعادة التنظيم المعجلة").

(5) مجرى العمل هذا ليس متاحا إلاّ عندما تظل الإجراءات مفتوحة أثناء التنفيذ: انظر الفقرتين ١٨ و١٩ من الفصل السادس.

(6) نظرا لأن هذه الإجراءات تستند إلى الاتفاق الذي تم التوصل إليه في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية، ينبغي أن يُقرأ هذا الباب مقترنا بالفقرات ٢-١٨ من الفصل الثاني من الجزء الأول.

٧٧– وكثيرا ما يُعاق التوصل إلى اتفاق من خلال مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية بسبب قدرة دائنين منفردين على رفع دعاوى إنفاذ وبسبب الحاجة إلى موافقة إجماعية من الدائنين لتغيير شروط السداد لبعض فئات الدين القائمة. ويزداد حجم هذه المشاكل في سياق المنشآت المتعددة الجنسيات والمعقدة، حيث يصعب بصفة خاصة نيل موافقة جميع الأطراف ذات الصلة. ومن أجل توفير إطار تفاوضي يمكن أن يتفق عليه كل المشاركين وييسر نجاح حصيلة هذه المفاوضات، نشر اتحاد إنسول الدولي بيان مبادئ بشأن نهج شامل إزاء الحلول الممكنة بين دائنين متعددين. وهذه المبادئ مُصممة بقصد حث عجلة التفاوض، وزيادة فرص النجاح بتوفير الإرشاد لفئات الدائنين المتباينة بشأن كيفية مباشرة مهامها على أساس بعض القواعد العامة المُتفق عليها.

٧٨– ويمكن أن تعاق مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية أيضا من قبل أقلية من الدائنين المتأثرين الذين قد يرفضون الموافقة على حل يخدم على أحسن وجه مصلحة معظم الدائنين من أجل الاستفادة من موقفهم لاستخلاص شروط أفضل لأنفسهم على حساب الأطراف الأخرى (كثيرا ما يشار إليها بتعبير "المعاندة"). وعندما تحدث حالات المعاندة هذه، لا يمكن تنفيذ الاتفاق الطوعي إلا إذا أمكن بوسيلة ما تعديل الحقوق التعاقدية لهؤلاء الدائنين المعاندين بدون موافقتهم. ويقتضي تعديل الحقوق التعاقدية هذا، في معظم النظم القانونية القائمة، بدء إجراءات إعادة التنظيم الكاملة بمقتضى قانون الإعسار وإشراك جميع الدائنين فيها واشتراط الوفاء بأحكام قانون الإعسار التي تسري على تسيير تلك الإجراءات. ويتسم التوقيت عموما بأهمية حاسمة في إعادة هيكلة الأعمال، وكثيرا ما يكون التأخير (الملازم عادة لإجراءات إعادة التنظيم الكاملة) مكلفا أو حتى مدمرا لأي حل فعّال في كثير من الأحيان.

٧٩– وهذه الصعوبات، فضلا عن بعض التكاليف وحالات التأخير والمتطلبات الإجرائية والقانونية التي تصاحب إجراءات إعادة التنظيم الكاملة في كثير من الأحيان، يمكن تجنبها عند اللجوء إلى مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وإجراءات إعادة التنظيم المعجلة. فهذه الإجراءات يمكن أن توفّر وسيلة ناجعة التكلفة لحل ضائقة المدين المالية، بالرغم من أنّ فعاليتها يمكن أن تتوقف على استيفاء بعض الشروط الأساسية التي سبق أن نوقشت في الجزء الأول من الدليل التشريعي (انظر الفقرات ٢–١٨ من الفصل الثاني). ويمكن أن تشمل هذه الشروط أن يكون قدر هام من الدَّين مستحقا لعدد محدود من المصارف الرئيسية أو المؤسسات المالية الدائنة؛ وأن يقبل الدائنون أنه قد يكون من الأفضل التفاوض بشأن ترتيب ما، يكون مثلا بين المدين والممولين وكذلك فيما بين الممولين أنفسهم، من أجل حل ضائقة المدين المالية؛ وأن تكون هناك احتمالات جني منفعة لصالح كل الأطراف من خلال عملية

التفاوض أكبر من المنفعة التي تُجنى من اللجوء المباشر والفوري إلى قانون الإعسار (ويعود ذلك جزئيا إلى أنّ الأطراف المتفاوضة هي التي تتحكم في نتيجة تلك المفاوضات وأنّ العملية أقل تكلفة ويمكن إنجازها بسرعة دون تعطيل منشأة المدين)؛ وأنّ المدين لا يحتاج إلى إعفاء من ديونه التجارية أو إلى الاستفادة من منافع الإعسار الرسمي، ومنها مثلا الوقف الآلي أو القدرة على رفض الديون المرهقة.

٨٠- وبالرغم من أنّ الأمر يتوقف على تلك الشروط، يمكن أن تكون مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية أداة قيّمة في مجموعة حلول الإعسار المتاحة لقطاع التجارة والأعمال في بلد ما. وليس من الضروري أن يكون التشجيع على استخدام تلك الحلول نابعا من ضعف نظام الإعسار الرسمي لبلد ما أو عدم نجاعته أو عدم موثوقيته، بل ينبغي أن ينبع بالأحرى من المزايا التي يمكن أن توفّرها تلك الحلول بصفتها عاملا مساعدا لإجراءات الإعسار الرسمية المحضة، حيث إنه يكفل الإنصاف ويوفّر اليقين. وعلاوة على ذلك، فإنّ تلك الحلول تكون أنجع ما تكون عندما تتوفّر إمكانية اللجوء على نحو سريع وفعال إلى قانون الإعسار إذا ما تعذر بدء العملية التفاوضية أو فشلت تلك العملية.

٢- الدائنون المشاركون عادة في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية

٨١- مثلما ذكر آنفا (انظر الفقرات ١٤-١٦ من الفصل الثاني في الجزء الأول)، ليس ممكنا، بل وحتى ضروريا، دائما إشراك كل الدائنين في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية. فهذه المفاوضات يشارك فيها عادة المدين وفئة أو أكثر من فئات الدائنين، كالمقرضين وحملة السندات وحائزي الأسهم. كما يشارك فيها في كثير من الأحيان كبار الدائنين من غير المؤسسات، وذلك عادة عندما تكون مشاركة هؤلاء الدائنين في منشأة المدين كبيرة إلى حد يتعذر معه إجراء إعادة هيكلة فعالة بدون مشاركتهم. وترى هذه الفصيلة من الدائنين في الغالب أنّ من المفيد المشاركة في هذه المفاوضات لأنها يمكن أن تساعد على تقليل الخسائر التي يمكن أن يتكبدوها في سياق إجراءات إعادة التنظيم الكاملة.

٨٢- ومن شأن محدودية فئات الدائنين الذين يشاركون عادة في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية أن تجعل التوصل إلى اتفاق أمرا أيسر من إعادة التنظيم الكاملة، لأنّ هذه الأخيرة تمس عادة جميع المطالبات. وبما أنّ العادة جرت في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية أن يستمر، في سياق العمل المعتاد، السداد لأنواع معيّنة من الدائنين من غير المؤسسات ولدائنين آخرين، كالدائنين التجاريين، فليس من المحتمل أن يكون لهؤلاء الدائنين أي اعتراض على إجراءات إعادة الهيكلة المقترحة وليس من الضروري أن يشاركوا في المفاوضات. ولكن،

عندما يتقرر تعديل حقوق أولئك الدائنين بموجب الخطة، فلا بد من الحصول على موافقتهم على التعديلات المقترحة.

٣- إجراءات تنفيذ اتفاق إعادة هيكلة طوعية

٨٣- يجوز أن يدرج قانون الإعسار، في الأحكام المتعلقة ببدء إجراءات إعادة التنظيم بموجب قانون الإعسار، أحكاما تنص على أن تُقرّ المحكمة اتفاق إعادة الهيكلة الطوعية وأن تعجّل تلك الإجراءات. وعند القيام بذلك، سوف يكون من الضروري النظر في تحديد المدينين الذين يمكن أن تنطبق عليهم تلك الأحكام والأطراف التي يمكن أن تتأثر بتلك الإجراءات المعجّلة.

(أ) المدينون المؤهلون

٨٤- من المستحسن أن تكون إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة متاحة بناء على طلب مقدّم من أيّ مدين غير مؤهّل بعدُ لبدء إجراءات بمقتضى أحكام إعادة التنظيم العامة من قانون الإعسار، ولكن من المحتمل أن يكون غير قادر عموما على دفع ديونه عند استحقاقها في المستقبل. وإدراج أحكام في قانون الإعسار تسمح للمدينين من هذا القبيل ببدء إجراءات معجّلة يسلّم بالحاجة إلى معالجة الضائقة المالية في مرحلة مبكّرة ويتيح المجال للاستفادة من اتفاق على إعادة هيكلة طوعية وافقت عليه أغلبية الدائنين المتأثرين. كما إنّ بدء إجراءات معجّلة من شأنه أن يكفل حماية الدائنين المعارضين بمقتضى قانون الإعسار. وتنطبق أيضا المتطلبات القضائية التي تسري عموما على بدء إجراءات الإعسار (انظر الفقرات ١٢-١٨ من الفصل الأول في الجزء الثاني).

٨٥- ويمكن أن ينصّ قانون الإعسار أيضا على أن تكون الإجراءات المعجّلة الرامية إلى إقرار اتفاق على إعادة هيكلة طوعية متاحة لمدين مؤهّل من قبلُ لبدء إجراءات كاملة بمقتضى قانون الإعسار (انظر الفقرات ٢٣-٣١ من الفصل الأول والتوصيتين ١٥ و١٦ في الجزء الثاني). وعندما يرسي قانون الإعسار إلزاما ببدء إجراءات الإعسار إذا ما استوفى المدين معايير محددة فيما يتعلق بوضعه المالي (كأن يكون معسرا)، قد يكون من اللازم النص تحديدا على وجوب أن يستوفي بدء الإجراءات المعجّلة ذلك الإلزام. وكبديل لذلك، يجوز أن يمنح قانون الإعسار فترة سماح مؤقتة تمكّن المدين من تفادي استيفاء تلك المعايير (وبالتالي من تجنب جزاءات عدم الوفاء بالتزام تقديم طلب لبدء الإجراءات)، مع اتخاذ إجراءات في الوقت ذاته لحل ضائقته المالية.

(ب) الالتزامات المتأثرة

٨٦- مثلما ذكر أعلاه، تتعلق أنواع الالتزامات التي هي مشمولة في العادة بمفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية بمديونية المال المقترض، المؤسسي والعمومي على حد السواء، سواء أكان مضمونا أم غير مضمون، وغيره من الالتزامات المالية المشابهة. ويمكن أن يدرَج الدَّين المضمون أيضا في تلك المفاوضات بموافقة الدائنين المضمونين. أمّا المديونية لدائنين آخرين، مثل الدائنين التجاريين والدائنين ذوي الأولوية، ومنهم السلطات الضريبية وسلطات الضمان الاجتماعي وموظفو تلك السلطات، فإنّها عموما غير مشمولة بسبب صعوبة الحصول على الموافقة اللازمة لتعديل مطالباتهم، ويظل هؤلاء الدائنون يتلقون السداد في سياق العمل المعتاد. ولكن، يمكن شمل هؤلاء الدائنين، خصوصا عندما يُعتزَم تعديل حقوقهم في إعادة التنظيم ويمكن الحصول على الموافقة الضرورية من الأغلبية، بشرط مراعاة كل الضمانات ذات الصلة التي هي معمول بها بموجب قانون الإعسار. وتكون الالتزامات المحددة التي ستتأثر في أيّ حالة معيَّنة هي تلك المبيَّنة في الخطة التي يُنتَظر من المحكمة إقرارها في الإجراءات المعجَّلة.

(ج) تطبيق قانون الإعسار

٨٧- من الضروري أن يحدّد قانون الإعسار الذي يسمح بالقيام بإجراءات معجّلة أحكامه المنطبقة على إجراءات إعادة التنظيم الكاملة التي ستنطبق على هذه الإجراءات، خصوصا إذا كان يُراد إدخال أيّ تغييرات على الطريقة التي تنطبق بها تلك الأحكام. وهكذا، يمكن، على سبيل المثال، أن تشمل الأحكام التي تنطبق بصفة عامة على الإجراءات المعجّلة على النحو ذاته الذي تنطبق به على الإجراءات الكاملة (ما لم تعدَّل تحديدا) أحكاما بشأن إجراءات تقديم الطلبات؛ وبدء الإجراءات؛ والإشعار بالبدء (الذي يمكن تعديله لقصره على إشعار الدائنين وحائزي الأسهم المتأثرين بالخطة)؛ ومضمون الإشعار (الذي قد يكون من الضروري أن يتضمّن معلومات عن التحقق من المطالبة، ووقت ومكان جلسة الاستماع في المحكمة بشأن إقرار الخطة، والاعتراضات على إقرار الخطة، وتأثير الخطة في حائزي الأسهم)؛ وتطبيق الوقف؛ ومتطلبات إعداد قائمة بجميع الدائنين (من أجل إبلاغ المحكمة وتوفير اليقين بشأن من يتأثر بالخطة ومن لا يتأثر بها)؛ ومتطلبات الموافقة على الخطة (بما في ذلك تزويد الدائنين المتأثرين بالخطة وبالمعلومات الداعمة، وتحديد فئات الدائنين، ولجان الدائنين، ومعايير الموافقة، والأغلبيات المطلوبة للموافقة)؛ ومفعول الخطة وإقرارها، بما في ذلك معايير المعاملة التي تحمي مصالح الدائنين المعارضين؛ والمسائل المتعلقة بتنفيذ الخطة (بما

في ذلك الإخفاق في تنفيذها)؛ وإبراء الذمة من المطالبات. وعندما يخفق تنفيذ خطة أقرت في إطار إجراءات معجّلة، من الضروري أن ينظر قانون الإعسار في عواقب ذلك الإخفاق، وخاصة ما إذا كان ينبغي أن تكون هي ذات العواقب المترتبة على إخفاق الخطة الموافق عليها في الإجراءات الرسمية (انظر الفقرات ٧٠–٧٥، أعلاه)، وما إذا كان ينبغي إدراج حكم خاص بشأن المبالغ التي سبق تسديدها في سياق التنفيذ.

٨٨– ويمكن أن تشمل أحكام قانون الإعسار التي قد لا تنطبق على الإجراءات المعجّلة أو التي يمكن تعديلها لكي تفي بهدف الإجراءات المعجّلة الأحكام المتعلقة بتعيين ممثل إعسار، ما لم تنصّ الخطة تحديدا على ذلك التعيين؛ وتقديم المطالبات والتحقق منها؛ واشتراطات إشعار الدائنين المتأثرين؛ والفترة الزمنية للموافقة على الخطة (عندما تكون تلك الأحكام مدرجة في قانون الإعسار)؛ والتصويت على الخطة (حيث إن ذلك يحدث قبل بدء الإجراءات). وهناك استثناء إضافي وهام من تطبيق قانون الإعسار وهو أنه، عندما يمكن إظهار احتمالات نجاح إقرار الخطة، قد تأذن المحكمة للدائنين غير المتأثرين بالخطة بمواصلة التسديد في سياق العمل المعتاد.

'١' اشتراطات تقديم الطلب

٨٩– قد يتطلب الأمر أن يكون طلب بدء الإجراءات المعجّلة مختلفا نوعا ما عن طلب بدء إجراءات إعادة تنظيم كاملة بغية مراعاة الاعتبارات الخلفية المختلفة. ويمكن أن يشمل الطلب الخطة المتفاوض عليها والبيان الإفصاحي؛ ومعلومات عن المفاوضات التي سبق أن أجريت (بما في ذلك المعلومات عن أعضاء أيّ لجنة للدائنين ربما كانت قد شُكِّلت من أجل تيسير المفاوضات)، والالتماس الصادر عن الدائنين وتصويت الفئات المتأثرة من الدائنين قبل بدء الإجراءات (مما يدل على أنّ الأغلبيات المحددة بمقتضى قانون الإعسار للموافقة على الخطة قد تحققت في فئات الدائنين المتأثرين)؛ والأدلة على أنّ الدائنين غير المتأثرين ما زالوا يتلقون السداد في سياق العمل المعتاد وأنّ الخطة لا تعدل حقوقهم أو تمسّها؛ وكذلك التدابير الحمائية المتاحة بمقتضى الخطة للدائنين المعارضين داخل الفئات الموافقة. وقد يكون من الضروري أيضا أن يعالج قانون الإعسار مسألة ما إذا كان الطلب بمثابة بدء آلي للإجراءات أو ما إذا كان على المحكمة أن تنظر في الطلب؛ وإذا كان لا بد أن تنظر المحكمة في الطلب، فمن المستصوب أن يكون الوقت الذي يتاح لهذا النظر وجيزا قدر الإمكان، خاصة وأنّ الطلب يستند إلى اتفاق ناتج عن تفاوض وأنّ التأخير ضار لا بمنشأة المدين فحسب بل وبتنفيذ الخطة أيضا.

'٢' آثار البدء

٩٠- بينما يؤثر بدء إجراءات إعادة التنظيم الكاملة بوجه عام في المدين وكل دائنيه (ما لم تستثن تحديدا فئات معيّنة من تطبيق قانون الإعسار)، فإنّ آثار بدء الإجراءات المعجّلة مقصورة عموما على المدين والدائنين من الأفراد أو الفئات وحائزي الأسهم الذين يُنتَظر أن تعدَّل حقوقهم أو تتأثر بالخطة المتفاوض عليها. ولكن، يمكن أن تكون هناك ظروف قد تقرر فيها المحكمة أن تسري تلك الآثار على دائنين إضافيين أو فئات إضافية من الدائنين، وذلك مثلا بغية ضمان حماية حوزة الإعسار.

'٣' إخفاق التنفيذ

٩١- مثلما نوقش آنفا (انظر الفقرتين ٧٠ و٧١، أعلاه)، تعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة إزاء عواقب الإخفاق في تنفيذ خطة وافق عليها الدائنون وأقرها المحكمة، عندما يكون ذلك الإقرار مطلوبا. ومع أنّ عواقب الإخفاق في تنفيذ خطة أقرها المحكمة في الإجراءات المعجّلة يمكن توقّع أن تكون مماثلة عموما لما هي عليه في إجراءات إعادة التنظيم الكاملة، فإنّ احتمال بدء الإجراءات المعجّلة قبل أن يستطيع المدين الوفاء بمعيار البدء بشأن إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة يوحي بأنّ تحويل الإجراءات إلى تصفية قد لا يكون مناسبا؛ وقد يكون من الأفضل أن يترك قانون الإعسار للدائنين حرية المطالبة بحقوقهم بمقتضى القانون.

(د) تعجيل الإجراءات

٩٢- من أجل الاستفادة الكاملة من الخطة المتفاوض عليها وتفادي حالات التأخير التي قد تجعل تنفيذ الخطة مستحيلا، قد يكون من الضروري أن ينظر قانون الإعسار في كيفية إمكان معالجة الإجراءات المعجّلة على نحو أسرع من إجراءات إعادة التنظيم الكاملة، إضافة إلى الاعتراف بالخطوات التي أُنجِزت قبل بدء الإجراءات كما ذُكر أعلاه. فإذا كانت هناك، مثلا، خطة ومستندات أخرى تفي بالمتطلبات الرسمية لقانون الإعسار قد تم التفاوض عليها وأيدها أغلبية كبيرة، ربما أمكن أن تأمر المحكمة بأن يُعقد فورا اجتماع أو جلسة استماع، حسب الاقتضاء، بما يوفّر الوقت والنفقات. وربما أمكن أيضا منح إعفاء من جزء من الإجراءات الرسمية. فإذا كانت هناك، مثلا، خطة جرى التفاوض بشأنها ووافق عليها الدائنون من فئة معيّنة – وهم عادة الدائنون المؤسسيون – بأغلبية تكفي لاستيفاء شروط التصويت التي ينص عليها قانون الإعسار من أجل الموافقة على خطة إعادة التنظيم و لم يكن في تنفيذ الخطة ما يعدّل أو يمسّ حقوق الدائنين الآخرين، ربما أمكن أن تأمر المحكمة بعقد

اجتماع أو جلسة استماع بحضور تلك الفئة الموافقة من الدائنين فقط. كذلك، إذا كان التماس أصوات الفئات المتأثرة من الدائنين قد جرى وفقا للقوانين السارية على ذلك الالتماس (بما في ذلك اشتراطات الافصاح المنصوص عليها في قوانين السندات المعمول بها) كان بإمكان المحكمة أن تقضي بالإعفاء من أيّ إجراءات التماس لاحقة لبدء الإجراءات.

٩٣- وحتى عندما ينص قانون الإعسار على أن تعالج الحالات المؤهلة معالجة عاجلة، فمن المستصوب جدا ألا تكون الحماية التي توفّر للدائنين المعارضين للخطة والأطراف الأخرى أقل من الحماية التي يوفّرها قانون الإعسار لتلك الأطراف ذاتها في إجراءات إعادة التنظيم الكاملة. ولذلك، فإنّ الاشتراطات الإجرائية بشأن إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة هذه تشمل بشكل أساسي الضمانات وتدابير الحماية ذاتها التي توفّرها إجراءات إعادة التنظيم الكاملة.

٩٤- وقد تكون هناك حاجة إلى تعديل قوانين أخرى من أجل تشجيع أو استيعاب كل من مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وإجراءات إعادة التنظيم المعجّلة. وقد تشمل أمثلة هذه القوانين تلك التي تحمّل المديرين المسؤولية عن مباشرة عمليات تجارية أثناء تسيير مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية؛ وتلك التي لا تعترف بالالتزامات عن الائتمان المقدّم أثناء تلك الفترة أو تُخضع تلك الالتزامات لأحكام الإبطال؛ وتلك التي تقيّد تحويل الديون إلى أسهم.

التوصيات ١٦٠-١٦٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بإجراءات الإعسار التي تجمع بين مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية وقبول خطة تنص على إجراءات معجّلة تُسيَّر بمقتضى قانون الإعسار لكي تقرها المحكمة هو:

(أ) الاعتراف بأنّ مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية، التي تنطوي عادة على إعادة هيكلة الدَّين المستحق للمقرضين وغيرهم من الدائنين من المؤسسات والدائنين الرئيسيين من غير المؤسسات عندما تكون مشاركتهم حاسمة في عملية إعادة الهيكلة، والتي لا تشمل مع ذلك كل فئات الدائنين، تمثل أداة تتسم بفعالية التكلفة والكفاءة لانقاذ المنشآت المتعثرة ماليا؛

(ب) التشجيع على التفاوض غير الرسمي وتيسيره؛

(ج) استحداث إجراء بموجب قانون الإعسار:

'١' يحفظ منافع مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية عندما توافق أغلبية من كل فئة متأثرة من فئات الدائنين على الخطة؛

'٢' يقلل إلى أدنى حد من التأخير الزمني والنفقات ويكفل عدم فقدان الخطة المتفاوض والمتفق عليها في مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية؛

'٣' يُلزم الأعضاء الذين يمثلون الأقلية في كل فئة متأثرة من فئات الدائنين وحائزي الأسهم ممن لا يقبلون الخطة المتفاوض عليها؛

'٤' يستند إلى الاشتراطات الجوهرية ذاتها المقرّرة بشأن إجراءات إعادة التنظيم بموجب قانون الإعسار، ولكن بفترات زمنية أقصر، بما في ذلك الضمانات ذاتها أساسا؛

(د) تعليق سريان الاشتراطات الواردة في قوانين أخرى والتي قد تمنع أو تحظر استخدام عمليات تؤخر التذرع بقانون الإعسار، مع توفير الضمانات المناسبة.(٧)

مضمون الأحكام التشريعية

بدء إجراءات إعادة التنظيم المعجّلة (الفقرتان ٨٤ و٨٥ والفقرات ١٢-١٨ من الفصل الأول والتوصيات ١٠-١٢ بشأن الولاية القضائية)

١٦٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه يمكن بدء إجراءات معجّلة بناء على طلب أي مدين:

(أ) لا يكون أو يرجَّح ألا يكون قادرا عموما على تسديد ديونه عند حلول أجلها؛

(7) على سبيل المثال، الاشتراطات المتعلقة بالموافقة الإجماعية على تسوية المديونية خارج نطاق إجراءات الإعسار، ومسؤولية المديرين عندما يواصل المدين المتاجرة أثناء فترة التفاوض خارج المحكمة، وتلك التي لا تعترف بالالتزامات بشأن الائتمان المقدم أثناء تلك الفترة، والتي تضع قيودا على تحويل الدين إلى أسهم.

(ب) تفاوض بشأن خطة لإعادة التنظيم وحقّق لها القبول من كل فئة متأثرة من فئات الدائنين؛

(ج) يستوفي الاشتراطات القضائية لبدء إجراءات إعادة تنظيم كاملة بموجب قانون الإعسار.

١٦١- يجوز أن يبيّن قانون الإعسار أيضا أنّ الإجراءات المعجَّلة يمكن بدؤها بناء على طلب من أيّ مدين إذا:

(أ) تجاوزت التزامات المدين موجوداته أو كان ذلك محتملا؛

(ب) استُوفيت الاشتراطات الواردة في الفقرتين الفرعيتين (ب) و(ج) من التوصية ١٦٠.

اشتراطات تقديم الطلب (الفقرة ٨٩)

١٦٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ طلب بدء إجراء إعادة تنظيم معجّلة ينبغي أن يكون مشفوعا بالأشياء الإضافية التالية:

(أ) خطة إعادة التنظيم والبيان الافصاحي؛

(ب) وصف لمفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية التي سبقت تقديم طلب بدء الإجراءات، بما في ذلك المعلومات المقدّمة إلى الدائنين المتأثرين بغية تمكينهم من اتخاذ قرار مستنير بشأن الخطة؛

(ج) شهادة بأنّ الدائنين غير المتأثرين يجري السداد لهم في سياق العمل المعتاد وبأنّ الخطة لا تعدّل أو تمس حقوق أو مطالبات الدائنين غير المتأثرين دون موافقتهم؛

(د) تقرير عن أصوات فئات الدائنين المتأثرة يبين أنّ تلك الفئات قبلت الخطة بالأغلبيات المبيّنة في قانون الإعسار؛

(هـ) تحليل مالي أو أدلة أخرى تبين أنّ الخطة تفي بكل الاشتراطات المنطبقة على إعادة التنظيم؛

(و) قائمة بأعضاء أيّ لجنة للدائنين تشكَّل أثناء مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية.

بدء الإجراءات

١٦٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ تقديم طلب بدء الإجراءات يفضي آليا إلى بدء الإجراءات أو أنّ المحكمة مطالبة بأن تقرّر بأسرع ما يمكن بشأن ما إذا كان المدين يستوفي الاشتراطات المذكورة في التوصيتين ١٦٠ و١٦١، وأن تأمر في تلك الحالة ببدء الإجراءات.

آثار بدء الإجراءات (الفقرة ٩٠)

١٦٤- ينبغي أن يبين قانون الإعسار ما يلي:

(أ) أنّ أحكام قانون الإعسار المنطبقة على إجراءات إعادة التنظيم الكاملة تنطبق أيضا على الإجراءات المعجّلة ما لم يحدّد أنها معدَّلة أو غير منطبقة؛[٨]

(ب) أنّ آثار البدء ينبغي أن تكون مقصورة على المدين وفرادى الدائنين وفئات الدائنين وحائزي الأسهم الذين عُدِّلت حقوقهم أو تأثَّرت بالخطة، ما لم تقرّر المحكمة خلاف ذلك؛

(ج) أنّ أيّ لجنة للدائنين تشكل أثناء مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية ينبغي أن تعامل بصفتها لجنة للدائنين معيَّنة بمقتضى قانون الإعسار؛

(د) أنه ينبغي أن تُعقد في أسرع وقت ممكن جلسة استماع بشأن إقرار المحكمة للخطة.

(8) يمكن أن تشمل أحكام قانون الإعسار التي قد لا تكون منطبقة بوجه عام أو التي قد تُعدّل إيداع مطالبة كاملة؛ وفترة الإشعار والفترة الزمنية للموافقة على الخطة؛ والآليات اللاحقة لبدء الإجراءات بشأن تقديم الخطة والبيان الافصاحي إلى الدائنين والأطراف الأخرى ذات المصلحة وبشأن التماس الأصوات والتصويت على الخطة؛ وتعيين ممثل للاعسار (وهو عادة لا يعيَّن ما لم يطلب ذلك بمقتضى الخطة)؛ والأحكام المتعلقة بتعديل الخطة بعد إقرارها. ويمكن أن يتمثل الاستثناء من أحكام قانون الإعسار المنطبقة على إجراءات إعادة التنظيم الكاملة في أن يُسدَّد للدائنين غير المتأثرين بالخطة في سياق العمل المعتاد أثناء تنفيذ الخطة.

الإشعار ببدء الإجراءات (الفقرة ٨٧؛ والفقرات ٦٤-٧١ من الفصل الأول والتوصيات ٢٢-٢٥)

١٦٥- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه ينبغي توجيه الإشعار ببدء الإجراءات المعجَّلة إلى الدائنين المتأثرين وإلى حائزي الأسهم المتأثرين. وينبغي أن يبين ذلك الإشعار ما يلي:

(أ) مقدار مطالبة كل دائن متأثر حسبما يراه المدين؛

(ب) المهلة الزمنية لتقديم مطالبة ذات مقدار مغاير في حال عدم موافقة الدائن المتأثر على بيان المطالبة المقدّم من المدين، والمكان الذي يمكن تقديم المطالبة فيه؛

(ج) الوقت والإجراء فيما يتعلق بالطعن في مطالبات مقدمة من أطراف أخرى؛

(د) وقت ومكان عقد جلسة الاستماع الخاصة بإقرار الخطة، ووقت ومكان تقديم أي اعتراض على إقرارها؛

(هـ) أثر الخطة في حائزي الأسهم.

إقرار الخطة (الفقرات ٦٠-٦٣ و٨٨ والتوصية ١٥٢)

١٦٦- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المحكمة تقر الخطة إذا:

(أ) استوفت الخطة الاشتراطات الأساسية لإقرار أي خطة في إجراءات إعادة تنظيم كاملة في حدود انطباق تلك الاشتراطات على كل من الدائنين وحائزي الأسهم المتأثرين؛

(ب) كان الإشعار المقدّم والمعلومات الموفّرة للدائنين وحائزي الأسهم المتأثرين أثناء مفاوضات إعادة الهيكلة الطوعية كافية لتمكينهم من اتخاذ قرار مستنير بشأن الخطة، وكانت أيّ التماسات لقبول الخطة تقدم قبل بدء الإجراءات تمتثل للقانون المعمول به؛

(ج) كان الدائنون غير المتأثرين يتلقون السداد في سياق العمل المعتاد ولم تعدِّل الخطة أو تمسَّ حقوق أو مطالبات الدائنين غير المتأثرين دون موافقتهم؛

(د) كان التحليل المالي المقدَّم مع الطلب يبرهن على أنّ الخطة تفي بكل الاشتراطات السارية بشأن إعادة التنظيم.

مفعول الخطة التي يتم إقرارها (الفقرة ٦٤)

١٦٧- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ مفعول الخطة التي تقرها المحكمة ينبغي أن يكون مقصورا على المدين والدائنين وحائزي الأسهم المتأثرين بالخطة.

الإخفاق في تنفيذ الخطة التي يتم إقرارها (الفقرات ٧٠ و٧١ و٩١)

١٦٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه، عندما يكون هناك إخلال جوهري بشروط الخطة من جانب المدين أو يتعذّر تنفيذها، يجوز للمحكمة أن تُقفل الإجراءات القضائية ويجوز للأطراف ذات المصلحة أن تمارس حقوقها بموجب القانون.

خامسا- إدارة الإجراءات

ألف- معاملة مطالبات الدائنين

١- مقدّمة

١- تعمل مطالبات الدائنين في إجراءات الإعسار على مستويين، أولهما لأغراض تقرير من هم الدائنون الذين يجوز لهم التصويت في الإجراءات، والكيفية التي يمكنهم التصويت بها (تبعا للفئة التي يندرجون ضمنها ولقيمة مطالبتهم، عندما يكون ذلك عاملا ذا صلة)، وثانيهما لأغراض التوزيع. ولذلك، فإنّ الإجراء الخاص بتقديم المطالبات وقبولها يمثل جزءا محوريا من إجراءات الإعسار، وينبغي الاهتمام بتقرير من هم الدائنون الذين يشترط عليهم تقديم مطالبات وما هي أنواع المطالبات التي ينبغي تقديمها. فتلك المطالبات يمكن أن تشمل، مثلا، كل الحقوق في السداد التي تنشأ من إغفالات من جانب المدين قبل بدء إجراءات الإعسار، سواء أحلّ أجلها أم لا، وسواء أكانت مصفاة أم غير مصفاة، وثابتة أم عارضة. وينبغي الاهتمام أيضا بالإجراءات المنطبقة على تقديم المطالبات والتحقق منها وقبولها، وعواقب عدم تقديم مطالبة، ومراجعة القرارات المتعلقة بقبول المطالبات. وينبغي أن يتناول قانون الإعسار أيضا مفعول تقديم المطالبات وقبولها، لأنّ هذا سيكون أمرا محوريا في مشاركة الدائنين في الإجراءات. فمن شأن تقديم المطالبة، مثلا، أن يجعل الدائن مؤهلا للمشاركة في اجتماع أوّل للدائنين، بينما قد يكون القبول، أو القبول المؤقت على الأقل، ضروريا لتمكين الدائن من التصويت بشأن أمور شتى في الإجراءات.

٢- تقديم مطالبات الدائنين

(أ) الدائنون الذين يمكن أن يشترط عليهم تقديم مطالبات

٢- إنّ المسألة الرئيسية في تقرير مَن من الدائنين يُشترط عليه أن يقدّم مطالبة هي المسألة التي تتعلق بمعاملة الدائنين المضمونين، لأَنّ الدائنين غير المضمونين (بصرف النظر عمّا إذا كان الدَّين عارضا أم مصفى) يُشتَرط عليهم عادة أن يقدّموا مطالبة (ما لم يكن الإجراء

الخاص بالمطالبات يوفّر، بطبيعة الحال، آلية بديلة بشأن التحقق من المطالبات وقبولها ولا تشترط تلك الآلية على جميع الدائنين أن يقدّموا مطالبات – ترد مناقشة لهذه المسألة أدناه).

٣- وفي قوانين الإعسار التي لا تدرج الموجودات المرهونة ضمن حوزة الإعسار وتسمح للدائنين المضمونين بإنفاذ مصالحهم الضمانية تجاه الموجودات المرهونة دون قيود، يجوز استثناء الدائنين المضمونين من الاشتراطات المتعلقة بتقديم المطالبات طالما كانت مطالباتهم ستوفّى من قيمة بيع الموجودات المرهونة. وإذا ما كانت قيمة الموجودات المرهونة أقل من مقدار مطالبة الدائن المضمون، ربما اشتُرط على الدائن أن يقدّم مطالبة بشأن الجزء غير المضمون مثل أي دائن عادي غير مضمون. وهكذا، تتوقف قيمة المطالبة غير المضمونة على قيمة الموجودات المرهونة وكيفية تحديدها ووقت تحديدها. فإذا لم تطبق قواعد واضحة على ذلك التقييم ربما نشأ قدر من الريبة، خصوصا فيما يتعلق بتقرير الحقوق في التصويت عندما تحسب هذه بالرجوع إلى قيمة المطالبات.[١]

٤- وهناك نهج آخر يشترط على الدائنين المضمونين أن يقدّموا مطالبة بكامل قيمة مصلحتهم الضمانية بصرف النظر عما إذا كان أي جزء من المطالبة غير مضمون. وهذا الاشتراط مقصور في بعض القوانين على حائزي أنواع معيّنة من المصالح الضمانية، مثل الرهون العائمة أو صكوك البيع أو الضمانات على المنقولات. وينص بعض الولايات القضائية التي تشترط على كل الدائنين المضمونين أن يقدّموا مطالبة على عواقب وخيمة تقع على من لا يفعل ذلك (ترد مناقشة لهذه المسألة أدناه). ويجيز بعض قوانين الإعسار أيضا للدائنين المضمونين أن يسلّموا ممثل الإعسار مصلحتهم الضمانية وأن يقدّموا مطالبة بكامل قيمتها.[٢]

٥- والعلّة المنطقية من وراء إلزام الدائنين المضمونين بتقديم مطالبات هو أنّ ذلك سيمكّن من تزويد ممثل الإعسار بمعلومات عن وجود جميع المطالبات وعن مقدار الديون المضمونة والموجودات التي يمكن أن تخضع لمصلحة ضمانية وكذلك عن مقدار الديون المعلقة. وأيّا كان النهج المختار، من المستصوب أن يتضمّن قانون الإعسار قواعد واضحة بشأن معاملة الدائنين المضمونين فيما يتعلق بتقديم المطالبات. ومن المهمّ أيضا، خصوصا عندما ينص قانون

---

(1) فيما يتعلق بتحديد قيمة الموجودات المرهونة، انظر الفقرات ٦٦-٦٨ من الفصل الثاني.

(2) يشير قانون الأونسيترال بشأن الإعسار عبر الحدود (الفقرة ٣ من المادة ١٤)، ودليل اشتراعه (الفقرة ١١١) إلى أنّ بعض القوانين تعتبر الدائن المضمون الذي يودع مطالبة متنازلا عن مصلحته الضمانية أو بعض الامتيازات المرتبطة بالائتمان، بينما تنص قوانين أخرى على تلك النتيجة في حال عدم تقديم مطالبة (انظر المرفق الثالث).

الإعسار على أنّ الإجراء المتعلق بالمطالبات يمكن أن يمس الحقوق الضمانية لدائن مضمون، أن يتضمّن الإشعار ببدء الإجراءات معلومات عن تقديم المطالبات المضمونة أو عدم تقديمها. ومن المستصوب، عندما يُشترط على الدائنين المضمونين أن يقدّموا مطالبة، أن تكون إجراءات تقديمها والتحقق منها عموما مماثلة لتلك المتعلقة بالدائنين غير المضمونين.

(ب) التقييدات الخاصة بما يمكن تقديمه من مطالبات

٦- لقد سبق في الماضي أن قيّدت قوانين الإعسار أنواع المطالبات التي يمكن تقديمها، مستبعدة مثلا المطالبات غير المصفاة بشأن المضارات. ولكن، أصبح هناك نزوع في الآونة الأخيرة إلى توسيع تعريف المطالبات التي يمكن تقديمها لكي يشمل المطالبات غير المصفاة بشأن المضارات والمطالبات التعاقدية غير المصفاة وكذلك المطالبات الظرفية. وقد يكون من الضروري أيضا أن يتناول قانون الإعسار معاملة مطالبات غير نقدية، كالحق في أداء التزام (تسليم ممتلكات محددة، مثلا) أو سداد قرض لا يُحجَز في حال عدم سداده إلاّ على الممتلكات المستهدفة بذلك القرض.

٧- وتعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة إزاء المطالبات المستبعدة. فبمقتضى بعض القوانين، لا يستطيع الدائنون أصحاب تلك المطالبات أن يشاركوا في الإجراءات ولا يوجد أمامهم أي سبيل لتحصيل الديون المستحقة لهم من المدين؛ وبذلك تبطل مطالباتهم فعليا. بيد أنّ قوانين أخرى تستبقي سبلا بديلة للاسترداد وتتيح إمكانية مواصلة المطالبة خارج نطاق إجراءات الإعسار. ومن المستصوب أن يعتمد قانون الإعسار تعريفا واسعا للمطالبات التي يمكن تقديمها ومعالجتها في سياق إجراءات الإعسار. ولكن، ينبغي أن يلاحظ أنّ توسيع ذلك التعريف قد يزيد إجراءات الإعسار تعقيدا، خاصة عندما يتعين تحديد قيمة تلك المطالبات للتمكين من تقديمها وقبولها ولو على أساس مؤقت.

'١' الديون المتكبدة بعد بدء الإجراءات

٨- كمبدأ عام، لا يمكن تقديم مطالبات إلا فيما يتعلق بالديون المتكبدة قبل بدء الإجراءات. أمّا معاملة الديون المتكبدة بعد بدء الإجراءات فتتوقف على طبيعة الإجراءات وأحكام قانون الإعسار - إذ تنص قوانين كثيرة على وجوب سداد تلك الديون بالكامل، بصفتها تكاليف للإجراءات.

'٢' أنواع المطالبات المستبعدة

٩- قد يسعى قانون الإعسار، لأسباب متنوعة تتعلق بالسياسة العامة، إلى استبعاد أنواع معيّنة من المطالبات من إجراءات الإعسار. ومن الأمثلة على ذلك المطالبات الضريبية الأجنبية، والغرامات والجزاءات، والمطالبات المتعلقة بالاصابة الشخصية، والمطالبات المتعلقة بالإهمال، وديون القمار. وينص بعض قوانين الإعسار على أنه يمكن تقديم تلك المطالبات، ولكنها قد تخضع لمعاملة خاصة، كإعطائها مرتبة أدنى من سائر المطالبات غير المضمونة. ومن المستصوب جدا أن يبين قانون الإعسار المطالبات المستبعدة من إجراءات الإعسار أو الخاضعة لمعاملة خاصة (انظر الفقرات ٤٥-٤٩، أدناه).

أ- المطالبات الضريبية الأجنبية

١٠- في الوقت الحاضر، تستبعد دول كثيرة المطالبات الضريبية الأجنبية، ومن المسلَّم به عموما أنّ هذا الاستبعاد لا يتعارض مع هدف المساواة في المعاملة بين الدائنين الأجانب والمحليين. غير أنه، على الرغم من هذا التسليم العام، لا توجد أسباب وجيهة لعدم قبول تلك المطالبات إذا ما رغبت دولة في ذلك. وعندما تكون المطالبات الضريبية الأجنبية مقبولة، يمكن معاملتها كما تعامل المطالبات الضريبية المحلية أو المطالبات العادية غير المضمونة وتعترف الفقرة ٢ من المادة ١٣ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث) بهذه النهُج المختلفة، إذ تنص على أن مبدأ معاملة الدائنين المحليين والأجانب على قدّم المساواة لا يتأثر باستبعاد المطالبات الأجنبية المتعلقة بالضرائب والضمان الاجتماعي أو بإعطائها المرتبة ذاتها المسندة إلى المطالبات العامة التي ليست لها أولوية أو مرتبة أدنى إذا كانت للمطالبات المحلية المماثلة تلك المرتبة الأدنى.

ب- المطالبات الناشئة عن نشاط غير مشروع

١١- عندما تعامل ديون القمار على أنها مطالبات مستبعدة، يجري هذا عادة على أساس أنها تنشأ من نشاط هو ذاته غير مشروع. وبدلا من التركيز على أمثلة محددة من المطالبات التي يجوز استبعادها لكونها غير مشروعة، يمكن لقانون الإعسار أن يستبعد، كفئة عامة، المطالبات الناشئة عن نشاط غير مشروع والتي هي بالتالي غير واجبة الإنفاذ.

ج– الغرامات والجزاءات

١٢– فيما يتعلق بالغرامات والجزاءات، يمكن لقانون الإعسار أن يميز بين تلك التي تتسم بطابع إداري أو عقابي محض (كالغرامة المفروضة نتيجة لمخالفة إدارية أو جنائية) وتلك التي تتسم بطابع تعويضي. وقد يُرى أنّ الفئة الأولى من الغرامات والجزاءات ينبغي أن تُستبعد على أساس أنها تنشأ من فعل مخالف للقانون من جانب المدين وأنّ الدائنين غير المضمونين لا ينبغي أن يتحملوا عبء ذلك الفعل من خلال نقصان الموجودات المتاحة للتوزيع. وفي المقابل، لا يبدو أنّ هناك سببا وجيها لاستبعاد الفئة الثانية، خصوصا عندما تتعلق المطالبة بتعويض عن ضرر لحق بطرف آخر إلا عندما يمكن أيضا تسويغ الاستبعاد كوسيلة لزيادة الموجودات المتاحة للدائنين غير المضمونين. وثمة نهج بديل هو قبول المطالبات القائمة على غرامات وجزاءات وإلاّ ظلت دون تحصيل.

(ج) الإجراءات المتبعة لتقديم المطالبات

'١' توقيت تقديم المطالبات

١٣– ضمانا لتقديم المطالبات في الوقت المناسب ولكي لا تطول إجراءات الإعسار دون داع، من المستصوب اتباع نهج مرن إزاء تقديم المطالبات بتمكين الدائنين من تقديم مطالباتهم لا بالبريد فحسب بل وكذلك بالبريد الإلكتروني وغيره من الوسائل المناسبة. ويمكن أيضا تحديد آجال لتقديم المطالبات. وهناك عموما ثلاثة أنواع من النهُج بشأن تحديد الآجال. ففي إطار النهج الأول، ينص قانون الإعسار تحديدا على أنّ المطالبات يجب أن تقدّم في غضون فترة زمنية معيَّنة بعد التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات أو بالرجوع إلى حدث معين آخر في الإجراءات. وفي إطار النهج الثاني، تنص قوانين أخرى على أن تحدد المحكمة أو ممثل الإعسار ذلك الأجل، ولكن في غضون مدة محددة في قانون الإعسار، ومن الأمثلة على ذلك أن تتراوح تلك المدة بين ١٠ أيام وثلاثة أشهر بعد حدث معين مثل بدء الإجراءات. أمّا النهج الثالث، فهو مجسَّد في قوانين الإعسار التي لا ترسي أي آجال لتقديم المطالبات وتترك لممثل الإعسار مسألة تقرير توقيت تقديم تلك المطالبات، أو تنص أيضا على تقديم المطالبات في أي وقت إلى حين بلوغ نقطة محددة في الإجراءات مثل إنجاز ممثل الإعسار التقرير الختامي والحسابات الختامية. ويرسي بعض قوانين الإعسار أيضا آجالا مختلفة تبعا لطريقة الإشعار ببدء الإجراءات؛ فعندما يكون الدائن دائنا معروفا ويتلقى إشعارا شخصيا ببدء الإجراءات، قد يكون الأجل أقصر مما هو الحال عندما يضطر الدائن إلى الاعتماد على الإشعار العمومي ببدء الإجراءات.

١٤- وثمة عامل أساسي في تقرير أي أجل لتقديم المطالبات وهو الإجراء المتعلق بالتحقق من المطالبات وقبولها. فإذا كان من المشترط أن يكون ذلك الإجراء في جلسة استماع في المحكمة أو في اجتماع للدائنين يعقد لذلك الغرض، من المرجح أن تكون هناك مرونة أقل فيما يتعلق بتوقيت تقديم المطالبات، وتحتاج المطالبات التي لم تقدّم في الموعد المحدد قبل ذلك الاجتماع أو جلسة الاجتماع تلك إلى عقد جلسة استماع خاصة أو اجتماع خاص لذلك الغرض. وعندما يكون ممثل الإعسار هو الذي يتولى التحقق من المطالبات وقبولها، تتاح مرونة أكثر حيث لن تكون هناك الحاجة ذاتها إلى استيفاء المتطلبات الإجرائية المقترنة باجتماعات الدائنين أو جلسات الاستماع في المحكمة.

١٥- ومع أنّ الآجال يمكن أن تساعد على ضمان ألا تؤدي عملية تقديم المطالبات إلى تأخير الإجراءات دون داع، فإنّها قد تؤدي إلى غبن الدائنين الأجانب الذين قد لا يستطيعون في حالات كثيرة أن يتقيدوا بالآجال ذاتها كالدائنين المحليين. وضمانا للمساواة في معاملة الدائنين المحليين والأجانب، ومراعاة للاتجاه السائد دوليا نحو إلغاء التمييز القائم على جنسية الدائن، قد يكون ممكنا اتباع نهج إما يسمح بتقديم المطالبات في أي وقت قبل التوزيع أو قبل حدث محدّد آخر أثناء الإجراءات، وإما يحدّد أجلا يمكن تمديده أو التغاضي عنه عندما يكون لدى الدائن سبب وجيه لعدم التقيد بالأجل، أو عندما يمثل الأجل عائقا شديدا أمام الدائن.

١٦- وعندما يتقرّر أجل (سواء بموجب قانون الإعسار أو من قبل المحكمة أو ممثل الإعسار) وتُقدّم المطالبة في وقت متأخر، مما يتسبب في تكبّد تكاليف، فيمكن أن يتحمل الدائن تلك التكاليف. وعندما يمكن تقديم المطالبات في مرحلة متقدّمة من الإجراءات، فإنّ هناك مسألة ذات صلة يمكن معالجتها وهي ما إذا كان يمكن القيام بتوزيعات مؤقتة قبل أن تقدّم كل المطالبات، وفي تلك الحالة ما إذا كان يمكن للدائنين الذين يقدّمون مطالباتهم بعد أن يكون قد تم التوزيع أن يشاركوا مع ذلك في ذلك التوزيع. وتنص بعض قوانين الإعسار على أنّ ذلك الدائن لا يستطيع المشاركة إلاّ في التوزيعات التي تحدث بعد تقديم مطالبته، بينما تشترط قوانين إعسار أخرى أن يتخذ ممثل الإعسار، عند التوزيع، احتياطات بشأن الدائنين الذين لم يقدّموا مطالباتهم بعد.

'٢' عبء تقديم المطالبات وإثبات صحتها

١٧- يلقي الكثير من قوانين الإعسار عبء تقديم المطالبات وإثبات صحتها على عاتق الدائنين. وهم ملزمون عموما بتقديم الدليل على صحة مقدار المطالبة، والأساس الذي يقوم عليه الدَّين، وما يطالبون به من أولوية أو مصلحة ضمانية، وذلك في بعض الحالات بواسطة

استمارة نموذجية بشأن المطالبة مشفوعة بالمستندات الداعمة لها. وتسمح قوانين كثيرة أيضا لممثل الإعسار بأن يطلب من الدائن تقديم معلومات أو مستندات إضافية لإثبات صحة مطالبته؛ كما يجيز بعض القوانين رفض المطالبات التي لم يتم إثبات صحتها على النحو المناسب. ومع أنّه يمكن في بعض الولايات القضائية الاستناد في قبول المطالبات إلى اشتراط تقديم المطالبات في شكل إعلان، يكون مثلا إقرارا كتابيا مشفوعا بيمين، يُقرن بجزاءات في حال حدوث احتيال، فقد تم التخلي عن هذه الممارسة بسبب الشكليات المقترنة بهذه الإعلانات في بعض الولايات القضائية.

١٨- وكوسيلة لاختصار إجراءات تقديم المطالبات، يجيز عدد من قوانين الإعسار قبول المطالبات في ظروف محددة دون أن يُشترَط على الدائن تقديم إثبات رسمي لصحتها. ويمكن أن تشمل الحالات المناسبة تلك التي يكون فيها ممثل الإعسار قادرا على التأكد من الدائنين الذين يحق لهم السداد ومن مقدار الدين، استنادا إلى دفاتر المدين وسجلاته. ومع أنّ دفاتر المدين وسجلاته قد لا تكون موثوقة تماما في حالات إعسار عديدة، فإنّ ميزة هذه الطريقة تتمثل في التقليل من الشكليات المقترنة بالتحقق من المطالبات وقبولها وهي يمكن أن تكون طريقة مناسبة عندما لا يكون هناك اعتراض على المطالبات من المدين أو من سائر الدائنين (يرد مزيد من مناقشة هذه المسألة أدناه).

١٩- ويمكن تيسير هذا النهج بإعداد قائمة بالدائنين والمطالبات في مرحلة مبكرة من الإجراءات. ويستفيد المدين في إعداد تلك القائمة من معرفته بدائنيه ومطالباتهم، فضلا عن أنّ تلك القائمة يمكن أن تزوّد ممثل الإعسار بلمحة مبكرة عن الحالة المالية للمنشأة. ويمكن أن يتمثل نهج بديل في أن يُشترَط على ممثل الإعسار أن يساعد المدين على إعداد تلك القائمة، أو يُشترَط على ممثل الإعسار أن يُعدّ القائمة بنفسه. وفي حين أنّ هذا النهج الأخير يمكن أن يساعد على التقليل من الشكليات المقترنة بعملية التحقق من المطالبات، فإنّه قد يزيد في النفقات والتأخير، لأنه يتوقف على قدرة ممثل الإعسار على الحصول من المدين على معلومات دقيقة وذات صلة. ويمكن استخدام القائمة، عند الانتهاء من إعدادها، في تقرير ما هي مطالبات الدائنين التي يمكن قبولها دون إثبات رسمي لصحتها ومَن هم الدائنون الذين ينبغي دعوتهم إلى تقديم مطالباتهم إلى ممثل الإعسار لأغراض التحقق من صحة المطالبات، وكذلك من أجل ضمان أنّ جميع الدائنين المعنيين قد أُخذوا بعين الاعتبار في عملية تقديم المطالبات. كما يمكن تنقيح القائمة وتحديثها مع مرور الوقت لكي تقدّم ليس صورة دقيقة لحجم مديونية المدين فحسب، بل وكذلك حالة التحقق من المطالبات وقبولها.

٢٠- ومن المستصوب أن يتناول قانون الإعسار مسألة المطالبات الباطلة وأن ينص على جزاءات مناسبة بشأن الدائنين وغيرهم ممن يقدّمون مطالبات يتبيّن أنها باطلة.

'٣' شكليات تقديم المطالبات الأجنبية

٢١- من المسائل ذات الأهمية الخاصة للدائنين الأجانب هي ما إذا كان يجب تقديم المطالبة بلغة الولاية القضائية التي بدأت فيها إجراءات الإعسار، وما إذا كانت المطالبة تخضع لشكليات معيّنة مثل التوثيق العدلي. وتيسيرا لمشاركة الدائنين الأجانب، من المستصوب النظر في مسألة ما إذا كانت هذه الاشتراطات أساسية أم يمكن تخفيفها كما في حالة الشكليات الإجرائية الأخرى التي نوقشت في إطار المادة ١٤ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث).[٣] وفيما يخص جوانب أخرى، من المستصوب إخضاع المطالبات الأجنبية فيما يتعلق بالتحقق من المطالبات وقبولها للإجراءات ذاتها المتعلقة بالمطالبات المحلية.

'٤' تحويل المطالبات المبيّنة بعملات أجنبية

٢٢- عندما تكون للمدين أنشطة تجارية في بلدان مختلفة، يجوز للدائنين أن يذكروا قيمة الديون المستحقة لهم بعملات غير عملة البلد الذي تُقام فيه إجراءات الإعسار. ولأغراض التحقق والتوزيع، تُحوَّل هذه المطالبات عادة إلى العملة المحلية، مع أنه يمكن أن توجد ظروف لا يكون فيها التحويل لازما. وقد يكون تاريخ التحويل متفقا عليه في العقد بين المدين والدائن، أو قد يحدّده قانون الإعسار بالإشارة إلى وقت محدد، مثل التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات أو أيّ نقطة زمنية أخرى من الإجراءات. وعندما يكون هناك اختلاف في الوقت بين تاريخ التحويل وموعد التوزيع (الذي قد يحدث في وقت متأخر جدا)، يتأثر مقدار المطالبة بأيّ انخفاض أو ارتفاع في قيمة العملة. وعندما تكون العملة ثابتة نسبيا، قد لا يكون هذا التقلب هاما. ولكن، عندما يكون هناك تقلب حاد في العملة، يمكن أن يترتب على ذلك غبن كبير للدائن مقارنة بالدائنين الآخرين أو يمكن أن يكون ذلك في صالح الدائن على حساب الدائنين الآخرين. وفي تلك الحالات، يمكن أن ينص قانون الإعسار على القيام بتحويل مؤقت في التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات لأغراض التصويت، وعندما يتقلب سعر الصرف بأكثر من

(3) انظر أيضا المادتين ٤٠ و٤١ من لائحة المجلس الأوروبي ٢٠٠٠/١٣٤٦، بشأن المعلومات التي ينبغي تقديمها إلى الدائنين.

نسبة مئوية معيّنة (منصوص عليها في قانون الإعسار) في فترة ما قبل التوزيع، يجرى التحويل وقت التوزيع أو يمكن إجراء تعديل مناسب على عملية الحساب السابقة.

'٥' الطرف المأذون له باستلام المطالبات

٢٣- تعتمد قوانين الإعسار بوجه عام واحدا من نهجين إزاء المسألة المتعلقة بتحديد الجهة التي تقدّم إليها المطالبة. فبعض القوانين يشترط تقديم المطالبة إلى المحكمة، بينما تنص قوانين أخرى على أن تقدّم المطالبات إلى ممثل الإعسار. والسبب في هذا الاختلاف يتعلق عموما بعملية التحقق وبدور كل من المحكمة وممثل الإعسار. فعندما يكون ممثل الإعسار مسؤولا عن التحقق من المطالبات وقبولها، يكون للدائنين عادة الحق في اللجوء إلى المحكمة للاعتراض على مسائل تتعلق بقيمة المطالبة المقبولة أو بالأولوية المسندة إليها أو تتعلق برفض المطالبة.

(د) عدم تقديم المطالبات التي يُشترَط تقديمها

'١' عدم التقديم في غضون فترة زمنية محددة

٢٤- تعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة إزاء المطالبات التي يُشترَط تقديمها بمقتضى قانون الإعسار عندما لا يُراعى الأجل المحدد لتقديم المطالبات. فبعض القوانين يعتمد نهجا مرنا يقضي بإمكانية تقديم المطالبات، على الرغم من سريان أجل معين، في أيّ وقت إلى حين إصدار ممثل الإعسار تقريره الختامي وحساباته الختامية في عملية التصفية مثلا، على أن يتحمل الدائن أيّ تكاليف إضافية ناشئة عن التأخر في تقديم المطالبة. وقد يكون من عواقب التأخر في تقديم المطالبة ألاّ يتمكن الدائن من المشاركة في التوزيعات المؤقتة التي تحدث قبل تقديم المطالبة (أو قبولها)، وإن كانت هناك، كما ذُكر أعلاه، أمثلة لقوانين تجيز للدائن أن يتلقى نصيبه من التوزيعات المؤقتة السابقة حالما تُقبل مطالبته. وثمة عاقبة أخرى هي فقدان الحق في التصويت في اجتماعات الدائنين، عندما يكون تقديم المطالبة شرطا أساسيا لتلك المشاركة.

٢٥- وهناك نهج آخر إزاء تقديم المطالبات يتمثل في التقيد الصارم بآجال التقديم، إذ ينص بعض القوانين على أنّ عدم تقديم المطالبة يمكن أن يؤدي إلى هلاك الدَّين أو إلى إسقاط الحقوق الضمانية أو مصادرتها على شرط أن يكون الدائن قد تلقى الإشعار اللازم ببدء الإجراءات وباشتراطات تقديم مطالبة. وتقضي قوانين أخرى بأن يوجه الدائن الذي لم يقدّم مطالبته في الأجل المحدد التماسا إلى المحكمة لقبول مطالبته. وفي حال قبول المحكمة للمطالبة، يمكن جعل حق الدائن محصورا في الحصول على نصيب من التوزيعات اللاحقة فقط.

٢٦- ومع أنه ينبغي منح الدائنين أوسع نطاق ممكن من الفرص لتقديم مطالباتهم في إجراءات الإعسار، ويتعيّن بالتالي تزويدهم في الوقت المناسب بإشعار ملائم ببدء الإجراءات وباشتراطات تقديم مطالبات، فإنّه لا ينبغي أن تتأخر الإجراءات بسبب الدائنين الذين يدركون ضرورة تقديم مطالبة كما يعلمون بالآجال السارية، لكنهم يقصّرون مع ذلك في تقديمها في الوقت المناسب. فهذا السلوك من شأنه أن يزيد في تكاليف الإجراءات وفي غبن الدائنين الآخرين. لذلك، ينبغي تحديد عواقب عدم تقديم المطالبات تحديدا واضحا وينبغي للدائنين أن يدركوا تلك العواقب عندما يتلقون الإشعار بالأجل المحدّد لتقديم المطالبات.

'٢' عدم تقديم المطالبة قبل اختتام الإجراءات

٢٧- قد يفضي عدم تقديم الدائن مطالبة قبل صدور التقرير الختامي والحسابات الختامية إلى نتائج مختلفة تبعا لأحكام قانون الإعسار الأخرى. فبعض قوانين الإعسار التي تنص على إبراء ذمة المدين عند اختتام إجراءات الإعسار، مثلا، تنص أيضا على سقوط المطالبات التي لم تقدّم أثناء إجراءات الإعسار.

٣- التحقق من المطالبات وقبولها

(أ) قائمة المطالبات المقدّمة

٢٨- يقضي الكثير من قوانين الإعسار بأن تعد المحكمة أو ممثل الإعسار، تبعا لاشتراطات التقديم، قائمة بالمطالبات المقدّمة، إما بعد انقضاء أجل تقديم المطالبات وإما بصورة متواصلة في الحالات التي لا يوجد فيها أجل محدد أو يكون الأجل في وقت لاحق من الإجراءات. وعندما يقضي قانون الإعسار بإعداد قائمة بالدائنين مثلما نوقش أعلاه (انظر الفقرتين ٢٣ و٤٩ من الفصل الثالث)، فإنّ قائمة المطالبات تحدّث قائمة الدائنين السابقة وتشكِّل الأساس للتحقق من المطالبات وقبولها وللإشعار باستلام المطالبات أو قبولها أو رفضها تبعا لإجراءات القبول المنطبقة. وتنص قوانين إعسار كثيرة على أنه يحق لجميع الدائنين الذين حددت هويتهم أو الذين يمكن تحديد هويتهم أن يتلقوا إشعارا بكل المطالبات التي قدّمت، إمّا شخصيا أو بنشر الإشعار في المنشورات التجارية المناسبة أو بإيداع قائمة لدى المحكمة. فمن شأن هذا الإشعار أن يمكّن الدائنين والمدين والأطراف ذات المصلحة من معرفة ما قدّم من مطالبات ومن الاعتراض على أيّ مطالبات واردة في القائمة (عندما يسمح قانون الإعسار بذلك).

(ب) إجراءات التحقق والقبول

٢٩- لا يشمل التحقق إجراء تقييم لمشروعية المطالبة ومقدارها فحسب، بل يشمل أيضا تصنيف المطالبة لأغراض التصويت والتوزيع (كمطالبة مضمونة أم غير مضمونة؛ أو كمطالبة ذات أولوية، الخ).

'١' أجل التحقق والقبول

٣٠- إضافة إلى تحديد آجال لتقديم المطالبات، يفرض عدد من قوانين الإعسار آجالا للتحقق من المطالبات وقبولها، إذ تقضي تلك القوانين بتقديم قرار بهذا الشأن إلى الدائنين في غضون فترة قصيرة، تكون ٣٠ يوما على سبيل المثال بعد انقضاء أجل التقديم. وثمة قوانين أخرى لا تنص على حدود زمنية. وهناك عامل أساسي في تقرير ما إذا كان ينبغي أو لا ينبغي لقانون الإعسار أن يفرض حدودا زمنية في هذه الحالة، وهو الإجراء الخاص بالتحقق من المطالبات وما إذا كان يُشترَط لقبولها عقد جلسة استماع في المحكمة أو اجتماع للدائنين يديره ممثل الإعسار. فعندما تُعقد جلسة استماع في المحكمة أو يُعقد اجتماع للدائنين، يحصل القبول عادة في تلك الجلسة أو ذلك الإجتماع، بشرط أن تحل المحكمة المنازعات الناشئة عن الطعون في المطالبات. ولدواعي الشفافية واليقين، وحرصا على نجاعة سير الإجراءات دون تأخير لا داعي له، من المستصوب أن يتخذ القرار بشأن قبول المطالبة أو رفضها في الوقت المناسب، خصوصا عندما يكون القبول عاملا يقرّر المشاركة في الإجراءات وحقوق التصويت. ولكن، وكما هو الحال عموما فيما يتعلق بمراعاة الحاجة إلى حدود زمنية وبصرف النظر عن النهج المعتمد للتحقق من المطالبات وقبولها، لا بد من موازنة مزايا وضع حد زمني مع المثالب المحتملة لانعدام المرونة وضرورة ضمان التقيد بالحد الزمني على النحو الواجب.

'٢' إجراء القبول

٣١- تعتمد قوانين الإعسار مجموعة متنوعة من النهُج إزاء إجراء القبول، وهي تنطوي على درجات مختلفة من التعقد ومستويات مختلفة من مشاركة المحكمة وممثل الإعسار والدائنين، وهي تشترط في بعض الحالات مساهمات من كل هذه الأطراف في أوقات مختلفة. ومن شأن تعقّد هذه العملية، عندما تضاف إليها الحقوق في الاستئناف والصعوبات المرتبطة بمعالجة أنواع المطالبات التي يلزم تحديد قيمتها، أن يعطل بقدر كبير سير الإجراءات وأن يتسبب في تأخير يؤثر بدوره في الخطوات الأخرى في الإجراءات. ولهذه الأسباب، من المستصوب جدا تقليل الشكليات وترشيد عملية اتخاذ القرارات قدر الامكان.

أ- القبول من جانب ممثل الإعسار

٣٢- مثلما ذُكر آنفا (الفقرة ٢٣)، تشترط قوانين الإعسار عادة تقديم المطالبات إلى ممثل الإعسار أو إلى المحكمة. وينص الكثير من قوانين الإعسار على أنه عندما يتعيّن تقديم المطالبة إلى ممثل الإعسار يتولى ممثل الإعسار التحقق من المطالبة والبت فيما إذا كان ينبغي، أم لا ينبغي، قبولها كليا أو جزئيا، أو ما إذا كانت تقتضي معاملة خاصة، وذلك عندما تكون مثلا مطالبة من أشخاص ذوي صلة. ويتعيّن إشعار الدائن بقرار ممثل الإعسار، وفي حال رفض المطالبة أو قبولها جزئيا فقط أو إخضاعها لمعاملة خاصة، يشترط على ممثل الإعسار عادة أن يبيّن أسباب ذلك القرار (كثيرا ما يشترط القيام بذلك كتابة). فاشتراط إبداء الأسباب كتابيا كفيل بزيادة شفافية الإجراءات وربما كذلك قابلية التنبؤ بها لدى الدائنين، وهو كفيل أيضا بتيسير مراجعتها من قِبل المحكمة عندما يصدر اعتراض على قرار ممثل الإعسار. كما يشترط بعض قوانين الإعسار، مثلما ذُكر آنفا، أن يجري بانتظام تحديث قرارات ممثل الإعسار بشأن قبول المطالبات وأن يُدرج ذلك التحديث في قائمة المطالبات المودعة لدى المحكمة أو أن تُعمّم تلك القرارات المحدّثة على الملأ بأيّ طريقة أخرى، تيسيرا لدراستها من جانب الدائنين الآخرين والمدين. وفي حال عدم تلقي ممثل الإعسار، عقب توجيه إشعارات مناسبة، أي اعتراضات على المطالبات التي يقترح قبولها، ينص عدد من قوانين الإعسار على اعتبار المطالبة عندئذ مقبولة.

٣٣- وتقضي قوانين إعسار أخرى بأن يعقد ممثل الإعسار اجتماعا للدائنين من أجل النظر في المطالبات المقدّمة استنادا إلى القائمة التي أعدّها وزوّد بها الدائنين. وقد يُشترط أن تتضمّن تلك القائمة توصيات بشأن قبول كل مطالبة وقيمتها ومدى أولويتها. وفي حال عدم إبداء أي اعتراضات على قبول المطالبات أثناء ذلك الاجتماع، عادة ما تنص قوانين الإعسار التي تعتمد هذا النهج على اعتبار توصيات ممثل الإعسار بمقتضى قانون الإعسار موافقا عليها أو اعتبار المطالبات مقبولة.

ب- القبول من جانب المحكمة

٣٤- عندما يتعيّن تقديم المطالبات إلى المحكمة، تعمد المحكمة عادة إلى عقد اجتماع أو جلسة استماع تُدرس فيها المطالبات ويُتخذ فيها قرار بشأن قبولها. ويقضي عدد من القوانين بتقديم المطالبات في غضون عدد معين من الأيام قبل الموعد المحدد للاجتماع وإعداد المحكمة أو ممثل الإعسار قائمة مؤقتة بالمطالبات المقبولة، من أجل تزويد كل الدائنين بها قبل جلسة

الاستماع أو الاجتماع. وعندما لا تُبدى في الاجتماع اعتراضات على قبول المطالبات الواردة في القائمة، تعتبر تلك المطالبات في العادة مقبولة بمقتضى قانون الإعسار.

ج– اشتراط مثول الدائنين شخصيا

٣٥– هناك مسألة يمكن أن تكون مثار انشغال للدائنين، ولا سيما الدائنين الأجانب، وهي الاشتراط الوارد في بعض قوانين الإعسار بأن يحضروا شخصيا اجتماعات الدائنين التي تعقد لغرض النظر في المطالبات لكي تُقبل مطالباتهم. ومن شأن هذا الاشتراط أن يحبط الهدف المتمثل في معاملة الدائنين المتماثلين في الوضع على قدّم المساواة وأن يتسبب في التأخير. فمع أنه قد تكون هناك حالات من الهام فيها المثول شخصيا، يمكن كقاعدة عامة قبول المطالبات على أساس الأدلة المستندية المقدّمة. لذلك، فإنّ من المستصوب ألا يشترط قانون الإعسار وجوب حضور الدائنين شخصيا في كل الحالات لكي تُقبل مطالبتهم، بل ينص على إمكان قبولها على أساس الأدلة المستندية المقدّمة.

'٣' قبول المطالبات آليا

٣٦– بغية تقليل الشكليات اللازمة للتحقق من المطالبات وقبولها، يمكن أن يتمثل نهج بديل للنهُج المبيَّنة أعلاه في النص على أنّ المطالبات القائمة وقت بدء الإجراءات لا يلزم التحقق منها ويمكن قبولها آليا ما لم يُطعن فيها. وهذا النهج يتطلب آلية ما لتقرير وجود مطالبات وقيمتها ومدى أولويتها. وفي حين أنّ ذلك لا يكفي بالضرورة في كل الحالات لدواعي الموثوقية والكمال، فقد يكون من المناسب التعويل في المقام الأول على دفاتر المدين وسجلاته وقائمة الدائنين التي سيجري إعدادها أثناء الإجراءات لاستبانة جميع المطالبات القائمة وقيمتها المؤشرية. وعندما لا يكون هناك اعتراض على تلك المطالبات، فيمكن قبول المطالبة دون أن يضطر الدائن إلى إثبات صحتها رسميا. وقد يساعد قبول المطالبات آليا على هذا النحو على تجنّب كثير من الصعوبات المرتبطة بالحاجة إلى إجراء تقييم دقيق للوضع السائد في مستهل الإجراءات لتمكين الدائنين من المشاركة والتصويت في الاجتماعات المعقودة في مرحلة مبكرة من الإجراءات.

'٤' قبول المطالبات مؤقتا

٣٧– قد تكون مطالبات الدائنين من نوعين: مطالبات مصفّاة ومطالبات غير مصفّاة لم يحدّد فيها المبلغ الذي يدين به المدين وقت تقديم المطالبة أو لا يمكن تحديده آنذاك (مثلا، لأنّ

المطالبة هي موضع دعوى قضائية لم يُحسم أمرها وقت بدء الإجراءات ويمكن أن تخضع لوقف الإجراءات). وهذه المطالبات قد تكون ذات طابع تعاقدي أو غير تعاقدي، وقد تنشأ في سياق المطالبات المضمونة وغير المضمونة. ويمكن أن تكون المطالبات مشروطة أو احتمالية أو لم يحل أجلها وقت بدء الإجراءات (يخضع هذا النوع الأخير من المطالبات عادة لاقتطاع عن الفترة الزمنية غير المنقضية قبل حلول أجلها).

٣٨- وعندما لا يكون مبلغ المطالبة محدّدا أو قابلا للتحديد في الوقت الذي يتعيّن فيه تقديم المطالبة، تقضي قوانين إعسار كثيرة بأن تُقبل المطالبة مؤقتا رهنا بمنحها قيمة مؤشرية. ويثير تحديد قيمة لتلك المطالبات عددا من المسائل، منها مثلا الوقت الذي يجب فيه تحديد القيمة أو ما إذا كان يتعيّن تصفية المطالبة (وفي هذه الحالة، سيكون من الضروري أن تنظر فيها المحكمة) أم تقديرها (وهذا ما يمكن أن يقوم به ممثل الإعسار أو المحكمة أو شخص آخر مُعيَّن لذلك الغرض). وعندما يُشترط أن تحدد المحكمة هذه المسألة، تظهر مسألة أخرى مقترنة بها تتعلق بتحديد المحكمة المناسبة (محكمة الإعسار أم محكمة ما أخرى) وبالكيفية التي يمكن بها تناول أي تأخير في التوصل إلى تحديد تلك القيمة من حيث تأثيرها في سير إجراءات الإعسار. ويمكن أن يكون لمسألة تحديد قيمة المطالبات غير المصفّاة أثر كبير في إجراءات الإعسار عندما يتعلق الأمر مثلا بمطالبات المضارات الجماعية. وفيما يتعلق بتوقيت تحديد القيمة، تشترط قوانين إعسار عديدة الرجوع إلى التاريخ الفعلي الذي بدأت فيه الإجراءات. وقد تكون هناك حاجة إلى قواعد خاصة عندما تحوّل الإجراءات من شكل إلى آخر.

٣٩- وثمة سبب هام للسماح بقبول المطالبات مؤقتا وهو تمكين كل الدائنين الذين هم أصحاب تلك المطالبات من المشاركة في الإجراءات، وخصوصا تمكينهم من التصويت في مسائل أساسية كالموافقة على خطة إعادة التنظيم أو في غير ذلك من المسائل الأخرى التي تتطلب قرارا من الدائنين بشأنها.

٤٠- وعندما يسمح قانون الإعسار بقبول المطالبات مؤقتا، قد يلزم النظر فيما إذا كانت تلك المطالبات ستخضع، في المقام الأول، للإجراء ذاته الذي تخضع له المطالبات الأخرى. فعلى سبيل المثال، عندما ينطوي القبول على عقد جلسة استماع أمام المحكمة أو الدعوة إلى اجتماع للدائنين، فإنّ المطالبات التي قد تقبل مؤقتا يمكن أن تخضع لذلك الإجراء، أو يمكن أن يقبلها ممثل الإعسار أولا، دون المساس بحق الطرف المعارض في الاعتراض على تلك المطالبة، وأن تخضع لاحقا لنوع من إجراءات الموافقة. أما المسائل الأخرى التي تستوجب النظر، فمنها مسألة ما إذا كان الدائنون الذين يشكّلون أقلية ملزمين بخطة لم يوافقوا عليها، عندما يصوت الدائنون الذين قبلت مطالباتهم مؤقتا على خطة لإعادة التنظيم فعلا؛ وما إذا

كان يحق للدائنين الذين قبلت مطالباتهم مؤقتا أن يشاركوا في التوزيعات التي تحدث قبل أن تُقبل المطالبة تماما؛ وكذلك، إذا ما تعرّضت مطالبة كانت قد قبلت مؤقتا للرفض أو للقبول جزئيا فقط في وقت لاحق، فما هو تأثير ذلك في القرارات التي كان قد شارك فيها ذلك الدائن. ويضمن قبول مطالبة مؤقتا للدائن في العادة المشاركة في الإجراءات بالقدر ذاته مثل الآخرين، باستثناء أنه قد لا يحق له المشاركة في التوزيعات إلى حين تحديد قيمة المطالبة نهائيا وقبولها. بيد أنه، عندما لا تقبل المطالبة قبولا تاما في نهاية المطاف، فقد تُخصم أيّ أصوات سبق أن أدلى بها الدائن في الإجراءات بالتناسب مع المطالبة التي حظيت بالقبول.

(ج) المطالبات المعترض عليها

٤١- عندما يسمح قانون الإعسار بالاعتراض على مطالبة قدّمت في إطار إجراءات الإعسار، سواء من حيث قيمتها أو أولويتها أو أساسها، فإنّ من المستصوب أن يحدّد أيضا الأطراف التي يحق لها أن تبادر بهذا الطعن. فبعض القوانين لا يسمح إلا لممثل الإعسار بالاعتراض على المطالبات، في حين يسمح غيرها من القوانين للأطراف الأخرى ذات المصلحة، ومنها الدائنون الآخرون والمدين، بالاعتراض على المطالبة. وتبعا لإجراءات تقديم المطالبات وقبولها، يمكن تقديم الاعتراض إلى ممثل الإعسار أو قبل جلسة الاستماع في المحكمة أو اجتماع الدائنين اللذين يعقدان للنظر في المطالبات أو أثناءهما. وعندما يُعقد اجتماع أو جلسة استماع من هذا القبيل، من شأن إعداد قائمة مؤقتة بالمطالبات المقبولة، سواء من جانب المحكمة أو ممثل الإعسار، وتقديم القائمة إلى جميع الدائنين قبل تلك الجلسة أو ذلك الاجتماع أن ييسرا النظر في المطالبات. وعندما يجرى الاعتراض على المطالبات في إطار إجراءات الإعسار، من الضروري جدا أن تكون هناك آلية لحسم النزاع بسرعة ضمانا لتقدّم الإجراءات بشكل فعّال ومُنظم. فقبول المطالبة مؤقتا، في انتظار حسم النزاع، يمكن أن يقلل من تعطيل الإجراءات وعملية تقديم المطالبات. وإذا تعذر حسم المطالبات المعترض عليها حسما سريعا وفعالا قد تُستخدم إمكانية الاعتراض على المطالبة لتعطيل الإجراءات وإحداث تأخر لا داعي له. وينص معظم قوانين الإعسار على أن تحسم المحكمة تلك النزاعات لضمان أن يكون القرار نهائيا.

٤٢- وعندما تكون المطالبات المقدّمة في إطار الإجراءات موضع نزاع خارج نطاق إجراءات الإعسار، فإنّها يمكن أن تندرج عموما في واحدة من فئات المطالبات التي قد تقبل مؤقتا في إجراءات الإعسار، تبعا لطبيعة المطالبة، ريثما يُحسم ذلك النزاع (رهنا بتطبيق الوقف — انظر الفقرات ٣٠-٣٤ و٦٠-٦٢ من الفصل الثاني).

(د) آثار قبول المطالبة

٤٣- ينشئ قبول مطالبة دائن ما حق ذلك الدائن في حضور اجتماعات الدائنين والمبلغ الذي يحق له التصويت بشأنه في تلك الاجتماعات، سواء فيما يتعلق بانتخاب ممثل الإعسار أو الموافقة على خطة لإعادة التنظيم أو أيّ مسألة أخرى محدّدة في قانون الإعسار. كما إنه يحدّد مقدار المطالبة ومدى أولويتها اللذين يجب على ممثل الإعسار أخذهما في الحسبان عند التوزيع على الدائنين.

(هـ) مقاصة المطالبات المتقابلة

٤٤- مثلما ذكر أعلاه (في الفقرات ٢٠٤-٢٠٧ من الفصل الثاني)، ينص عدد من قوانين الإعسار على مقاصة الالتزامات النقدية المتقابلة بين المدين والدائنين في إجراءات الإعسار، شريطة استيفاء شروط معيّنة. وقد تشمل هذه الشروط، على سبيل المثال، أن تكون المطالبات موجودة ومستحقة وواجبة السداد في التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات؛ وأن يكون الدائن قد اكتسب المطالبة دون تدليس أو أنه لم يكن على علم بوضع مدينه المالي؛ وأن يكون الدائن لم يكتسب المطالبة أثناء فترة الاشتباه؛ وأن يكون الدائن قد أفصح لممثل الإعسار عن اعتزامه التماس مقاصة؛ وأن تكون المطالبات مرتبطة معا. وينص عدد قليل جدا من قوانين الإعسار على أنّ المقاصة إلزامية في إطار إجراءات الإعسار، بينما لا يسمح عدد من القوانين الأخرى بالمقاصة لأنها تنتهك مبدأ التساوي في المعاملة. وعندما يُسمح بالمقاصة، فعادة ما يأخذها ممثل الإعسار أو المحكمة بعين الاعتبار عند التحقق من المطالبات وقبولها.

(و) المطالبات التي تستوجب معاملة خاصة

'١' المطالبات الادارية

٤٥- مثلما ذُكر أعلاه (في الفقرات ٣١ و٦٦ و١١٢ من الفصل الثالث)، كثيرا ما تقتضي إجراءات الإعسار مساعدة من متخصصين فنيين، كممثل الإعسار ومستشاري المدين أو ممثل الإعسار. وثمة نفقات قد تتكبدها لجان الدائنين لأغراض تشغيل منشأة المدين، بما في ذلك الكثير من ديون ما بعد بدء الإجراءات أو جميعها، ومنها مثلا مطالبات العاملين وتكاليف الإيجار وما شابه ذلك من المطالبات، وغير ذلك من الأمور التي ينطوي عليها تسيير الإجراءات.

٤٦- وبغض النظر عن أهمية تقديم أجور مناسبة للمشاركين في عملية تسيير إجراءات الإعسار، يحتمل أن يكون للنفقات الادارية أثر شديد في قيمة حوزة الإعسار. ومع أن هذا الأثر يتوقف إلى حد ما على طريقة تصميم قانون الإعسار ومرتكزاته، قد يكون من المستصوب النظر في كيفية تقليل هذا الأثر إلى أدنى حد ممكن. فعلى سبيل المثال، يمكن لقانون للاعسار أن يوفّر معايير دقيقة ولكن مرنة بشأن السماح بتلك النفقات. ويمكن أن تتضمّن تلك المعايير السماح بالنفقات استنادا إلى مدى فائدتها في زيادة قيمة الحوزة من أجل المنفعة العامة لكل الأطراف المعنيّة، أو استنادا إلى كونها ليست معقولة وضرورية فحسب، بل ومتماشية مع الأهداف الأساسية للعملية أيضا. ويمكن تقدير مدى معقولية النفقات بالرجوع إلى مقدار الموارد المتاحة للإجراءات ولما قد يكون للنفقات من أثر في الإجراءات.

٤٧- ويمكن اتباع نُهُج مختلفة في إجراء ذلك التقييم. ويمكن أن يتمثل أحدها في طلب إذن من المحكمة قبل تكبّد التكاليف، أو إذن من المحكمة بشأن كل التكاليف التي لا تندرج ضمن سياق العمل المعتاد. وثمة نهج آخر يمكن أن يتمثل في إلزام الدائنين بالقيام بهذا التقييم تيسيرا لشفافية الإجراءات، شريطة الرجوع إلى المحكمة في حال الاعتراض على تقييم الدائنين. وكما لوحظ أعلاه فيما يتعلق بأجر ممثل الإعسار (انظر الفقرة ٥٣ من الفصل الثالث)، ينبغي لأيّ آلية تُعتمَد بشأن تقدير النفقات أن تتجنب الحالة التي يمكن فيها للطرف أو الأطراف التي تتولى تقدير النفقات أن تؤثّر دون داع في سير الإجراءات.

'٢' المطالبات من جانب الأشخاص ذوي الصلة

٤٨- هناك فئة من الدائنين قد تتطلب اهتماما خاصا، وهي فئة الأشخاص ذوي الصلة بالمدين، سواء بصفتهم الأسرية أو التجارية (نوقشت هذه المسألة أعلاه، انظر الفقرة ١٨٣ من الفصل الثاني وكذلك الفقرة ٧٧، أدناه). وكثيرا ما تسوَّغ المعاملة الخاصة لمطالبات هؤلاء الأشخاص بأنهم كانوا على الأرجح يتمتعون بحظوة أكثر من بقية الدائنين، وكانت لهم معرفة مبكرة بضائقة المدين المالية. ومع أنّ هذه المطالبات لا تندرج تماما ضمن فئات المطالبات المستبعدة، فقد يكون من المناسب النظر فيما إذا كان ينبغي قبولها ومعاملتها على غرار مطالبات الدائنين الآخرين أو قبولها رهنا بمعاملة خاصة. بيد أنّ مجرد وجود علاقة خاصة بالمدين قد لا يكون كافيا في جميع الحالات لتسويغ معاملة مطالبة الدائن معاملة خاصة. ففي بعض الحالات، تكون هذه المطالبات جلية تماما وينبغي أن تعامَل مثلما تعامَل المطالبات المماثلة التي يقدّمها دائنون ليسوا ذوي صلة بالمدين. وفي حالات أخرى، قد تكون مطالباتهم مثيرة للارتياب وتستحق اهتماما خاصا. وربما يلزم أن يتضمّن قانون الإعسار آلية

لكشف تلك الأنماط من السلوك أو الحالات التي تستحق فيها المطالبات اهتماما إضافيا، كما هو الحال عندما يكون رأس مال المدين منقوصا جدا (مثلا، عندما يكون صاحب منصب في منشأة المدين قد أقرض الشركة أموالا عندما كانت تشكو من نقص في رأس المال وكانت تمضي في ممارسة التجارة دون أن تكون لديها أموال كافية لسداد المبالغ المستحقة للدائنين) أو عندما تكون هناك أدلة على وجود تعامل ذاتي المنفعة (أي أنّ الأشخاص ذوي الصلة استغلوا مكانتهم للحصول على منفعة، وذلك مثلا عندما يوافق كبير الدائنين قبل ٦ أشهر من التصفية على مجموعة متكاملة من التعويضات التي لا تستطيع الشركة سدادها، ويودع مطالبة بشأنها في التصفية). وفي تلك الحالات، يمكن أن تحصر المطالبة في حدود المبلغ الذي يمكن قبوله أو تُعطى مرتبة أدنى من مطالبات فئات الدائنين الأخرى (انظر الفقرات ٥٥-٦١، أدناه)، أو يمكن حصر حقوق تصويت الدائن ذي الصلة فيما يتعلق بمسائل معيّنة (مثل التصويت لاختيار ممثل الإعسار، عندما يسمح قانون الإعسار للدائنين بذلك الاختيار).

‘٣‘ المطالبات الخاصة بالفوائد المصرفية

٤٩- تُتَّبَع نُهُج مختلفة حيال تراكم وسداد الفوائد المترتبة على المطالبات. إذ ينص بعض قوانين الإعسار على أنّ الفوائد المترتبة على المطالبات تتوقف عن التراكم على جميع الديون غير المضمونة حال البدء بإجراءات التصفية، غير أنّ السداد في حالة إعادة التنظيم سيعتمد على ما هو متفق عليه في الخطة. وتنص قوانين إعسار أخرى على جواز تراكم الفوائد، لكنّ السداد يولى أولوية دنيا، كأن يكون بعد السداد لجميع الدائنين غير المضمونين.

٤- المطالبات غير المقبولة

٥٠- تنص قوانين إعسار كثيرة على أن يكون للدائن الذي تُرفض مطالبته الحق في التماس إعادة النظر في ذلك القرار، سواء أكان ذلك القرار صادرا عن المحكمة أم عن ممثل الإعسار، في غضون فترة زمنية محددة بعد الإشعار بالقرار. ومن بين الأمثلة المقدّمة أن تتراوح الفترة ما بين ١٠ أيام و٤٥ يوما.

التوصيات ١٦٩-١٨٤

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بمطالبات الدائنين هو:

(أ) تحديد المطالبات التي يمكن أو يلزم تقديمها والمعاملة التي تولى إياها تلك المطالبات؛

(ب) تمكين الأشخاص الذين لديهم مطالبة تجاه المدين من تقديم مطالباتهم تجاه الحوزة؛

(ج) وضع آلية للتحقق من المطالبات وقبولها؛

(د) إتاحة إعادة النظر في المطالبات المعترض عليها؛

(هـ) ضمان معاملة الدائنين المتماثلين في المرتبة على قدم المساواة.

مضمون الأحكام التشريعية

اشتراط تقديم المطالبات (الفقرتان ١ و١٣)

١٦٩- ينبغي أن يشترط قانون الإعسار على الدائنين الذين يرغبون في المشاركة في الإجراءات أن يقدّموا مطالبة يبيّنون فيها الأساس الذي تستند إليه المطالبة والمبلغ الذي تنطوي عليه. وينبغي للقانون أن يقلل إلى أدنى حد من الشكليات المقترنة بتقديم المطالبات. وينبغي أن يسمح قانون الإعسار بتقديم المطالبات باستخدام وسائل مختلفة، منها البريد والوسائل الإلكترونية.

المطالبات غير المعترض عليها (الفقرات ١٧-١٩ و٣٥ و٣٦)

١٧٠- يجوز أن يسمح قانون الإعسار بقبول المطالبات غير المعترض عليها بالرجوع إلى قائمة الدائنين والمطالبات التي يعدّها المدين بالتعاون مع ممثل الإعسار[٤] أو يجوز للمحكمة أو لممثل الإعسار إلزام الدائن بتقديم أدلة على صحة مطالبته. ولا ينبغي

(4) انظر التوصية ١١٠.

أن يشترط قانون الإعسار وجوب مثول الدائن شخصيا في كل الأحوال من أجل إثبات صحة مطالبته.

المطالبات التي يجوز تقديمها (الفقرة ١)

١٧١- ينبغي أن يبين قانون الإعسار أنّ المطالبات التي يجوز تقديمها تشمل جميع حقوق السداد التي تنشأ من أفعال أو إغفالات المدين[٥] قبل بدء إجراءات الإعسار، سواء أحل أجلها أم لم يحل، وسواء أكانت مصفاة أم غير مصفاة وسواء أكانت ثابتة أم عارضة. وينبغي أن يبين القانون المطالبات التي لن تتأثر بإجراءات الإعسار.[٦]

المطالبات المضمونة (الفقرات ٢-٥)

١٧٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار ما إذا كان يشترط على الدائنين المضمونين أن يقدّموا مطالبات.

المعاملة المتساوية للدائنين ذوي المراتب المتماثلة (الفقرتان ١٠ و٢١)

١٧٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ جميع الدائنين ذوي المراتب المتماثلة، بغض النظر عما إذا كانوا دائنين محليين أم أجانب، يجب أن يعامَلوا على قدّم المساواة فيما يخص تقديم مطالباتهم ومعالجتها.

(5) تشمل هذه المطالبات تلك الصادرة عن أطراف ثالثة أو عن ضامن بشأن السداد والناشئة عن أفعال أو اغفالات من المدين.

(6) ينص بعض قوانين الإعسار، مثلا، على أنّ بعض المطالبات، كالغرامات والجزاءات والضرائب لن تتأثر بإجراءات الإعسار. وعندما تكون المطالبة غير متأثرة بإجراءات الإعسار تبقى قائمة ولا تدرج في أي ابراء للذمة.

توقيت تقديم المطالبات (الفقرات ١٣-١٦)

١٧٤- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الفترة الزمنية بعد التاريخ الفعلي لبدء الإجراءات التي يجوز فيها تقديم المطالبات. وينبغي أن تكون تلك الفترة الزمنية كافية لتمكين الدائنين من تقديم مطالباتهم.(٧)

عواقب عدم تقديم مطالبة (الفقرات ٢٤-٢٧)

١٧٥- عندما يشترط قانون الإعسار على الدائن تقديم مطالبة، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار العواقب المترتبة على عدم تقديم المطالبة في غضون أي فترة زمنية محددة لتقديمها.

المطالبات المبيَّنة بعملة أجنبية (الفقرة ٢٢)

١٧٦- عندما تبيَّن المطالبات بعملة أجنبية، ينبغي أن يبين قانون الإعسار الظروف التي يجب فيها تحويل تلك المطالبات ودواعي التحويل. وعندما يكون التحويل لازما، ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المطالبة ستحوّل إلى العملة المحلية بالرجوع إلى تاريخ محدد كالتاريخ الفعلي لبدء إجراءات الإعسار.

قبول المطالبات أو رفضها (الفقرات ٢٩-٤٠)

١٧٧- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار لممثل الإعسار بقبول أي مطالبة أو رفضها، كليا أو جزئيا.(٨) وعندما يتقرّر رفض المطالبة أو إخضاعها للمعاملة بمقتضى التوصية ١٨٤ بصفتها مطالبة من شخص ذي صلة، سواء كليا أم جزئيا، ينبغي إشعار الدائن بدواعي ذلك القرار.

(7) عندما تشمل الإجراءات دائنين أجانب، قد يقتضي الأمر النص على فترات زمنية أطول أمدا بغية تيسير تقديم المطالبات. ومن المستصوب أيضا أن تقدّم المطالبات في مرحلة مبكرة من الإجراءات حتى يكون ممثل الإعسار على علم بالمطالبات المشمولة وبالموجودات المرهونة وبقيمة تلك الموجودات والمطالبات.

(8) في بعض الولايات القضائية، يمكن أن يشترط على المحكمة أن تصدّق على قرار ممثل الإعسار.

المطالبات غير المصفاة (الفقرة ٣٨)

١٧٨- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار بقبول المطالبات غير المصفاة مؤقتا، ريثما يحدّد ممثل الإعسار مقدار المطالبة.

تحديد قيمة المطالبات المضمونة (الفقرة ٣٨)

١٧٩- ينبغي أن ينص قانون الإعسار على أنه يجوز لممثل الإعسار أن يحدّد الجزء المضمون من مطالبة الدائن المضمون والجزء غير المضمون من تلك المطالبة بواسطة تحديد قيمة الموجودات المرهونة.

الاعتراض على المطالبة (الفقرة ٤١)

١٨٠- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للطرف ذي المصلحة أن يعترض على أيّ مطالبة مقدّمة، إمّا قبل قبولها أو بعده، وأن يطلب من المحكمة إعادة النظر في تلك المطالبة.

إعادة النظر في المطالبات التي رُفضت أو أُخضعت لمعاملة خاصة (الفقرات ٣٢ و ٣٣ و٤٨)

١٨١- ينبغي أن يسمح قانون الإعسار للدائنين الذين رفضت مطالباتهم أو أُخضعت لمعاملة بمقتضى التوصية ١٨٤ بصفتتها مطالبة من شخص ذي صلة، سواء كليا أم جزئيا، بأن يطلبوا إلى المحكمة أن تعيد النظر في مطالبتهم. ويمكن أن يحدّد قانون الإعسار الفترة الزمنية بعد الإشعار بالقرار التي يمكن في غضونها تقديم ذلك الطلب.

القبول المؤقت للمطالبات المعترض عليها (الفقرة ٤١)

١٨٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المطالبات المعترض عليها في إجراءات الإعسار يمكن لممثل الإعسار أن يقبلها مؤقتا، ريثما تحسم المحكمة مسألة الاعتراض.

آثار القبول (الفقرة ٤٣)

١٨٣– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار الآثار المترتبة على قبول المطالبة، بما في ذلك قبولها المؤقت. ويمكن أن تشمل هذه الآثار:

(أ) تخويل الدائن حق المشاركة في الإجراءات وفي أن تُسمع دعواه؛

(ب) السماح للدائن بالتصويت في اجتماع للدائنين، بما في ذلك التصويت على الموافقة على الخطة؛

(ج) تحديد الأولوية التي تستحقها مطالبة الدائن؛

(د) تحديد المبلغ الذي يخوَّل الدائن التصويت بشأنه؛

(هـ) السماح للدائن بأن يشارك في عملية التوزيع، ما عدا في حال قبول المطالبة مؤقتا.[٩]

مطالبات الأشخاص ذوي الصلة (الفقرة ٤٨)

١٨٤– ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ مطالبات الأشخاص ذوي الصلة ينبغي أن تخضع لفحص دقيق، وفي الحالات التي لها ما يبررها:[١٠]

(أ) يجوز تقييد حقوق الشخص ذي الصلة في التصويت؛ أو

(ب) يجوز تقليص مقدار مطالبة الشخص ذي الصلة؛ أو

(ج) يجوز إنزال مرتبة المطالبة.[١١]

(9) مع ذلك، يجوز أن يُلزم ممثل الإعسار بأن يأخذ في الحسبان، عند إجراء التوزيع، المطالبات التي قُبلت مؤقتا أو التي قدّمت ولكنها لم تقبل بعد.

(10) يمكن أن تشمل المبررات الكافية الحالات التي يشكو فيها المدين من نقص في رأس المال أو التي يكون هناك فيها تعامل ذاتي المنفعة، مثلما ذكر آنفا، في الفقرة ٤٨.

(11) فيما يتعلق بإنزال مرتبة المطالبة، انظر الفقرات ٥٥–٦١، أدناه.

باء- أولويات وتوزيع العائدات

١- الأولويات

(أ) مقدّمة

٥١- هناك مصالح كثيرة متباينة ومتنافسة في إجراءات الإعسار. فالدائنون في معظمهم هم دائنون بحكم إقامتهم علاقة قانونية وتعاقدية بالمدين قبل الإعسار. بيد أن هناك دائنين لم يقيموا علاقة من هذا القبيل بالمدين، مثل سلطات الضرائب (التي كثيرا ما تشترك في إجراءات الإعسار) والمطالبين بمضارات (الذين يكون اشتراكهم عادة أقل شيوعا). وبناء على ذلك، فإنّ حقوق هؤلاء الدائنين يحكمها عدد من القوانين المختلفة.

٥٢- ففي حين قد تتشابه أوضاع كثير من الدائنين بالنسبة لأنواع المطالبات التي يحوزونها استنادا إلى حقوق قانونية أو تعاقدية متشابهة، قد تكون لدائنين آخرين مطالبات أو حقوق أعلى مرتبة. ولهذه الأسباب، تحدد قوانين الإعسار مراتب الدائنين بوجه عام لأغراض توزيع عائدات الحوزة الخاضعة للتصفية بحسب مطالباتهم، وهو نهج يتفق مع هدف المعاملة العادلة. وبقدر ما يكون مختلف الدائنين قد أبرموا صفقات تجارية مختلفة مع المدين، فإنّ تحديد مراتب الدائنين يمكن تبريره باستصواب اعتراف نظام الإعسار بمختلف الصفقات التجارية واحترامها، والمحافظة على التوقّعات التجارية المشروعة، وتعزيز قابلية التنبؤ في العلاقات التجارية، وتشجيع معاملة الدائنين المتشابهين في الوضع على قدّم المساواة. ويمكن أن يساعد إنشاء نظام لتحديد المراتب يكون واضحا وقابلا للتنبؤ به بشأن التوزيع على ضمان وثوق الدائنين من حقوقهم عند القيام بترتيبات تجارية مع المدين، وتيسير توفيرها في حالة الائتمان المضمون.

٥٣- بيد أنّ هناك حداً للمدى الذي يمكن الوصول إليه في تحقيق هذه الأهداف. وإضافة إلى الارتكان إلى تحديد المراتب استنادا إلى العلاقات التجارية والقانونية بين المدين ودائنيه، فإنّ سياسات التوزيع تعكس أيضا في كثير من الأحيان اختيارات تعترف بمصالح عمومية ذات أهمية (كحماية العمالة)، واستصواب ضمان سير إجراءات الإعسار بانتظام وفعالية (إسناد الأولوية إلى دفع أجور المتخصصين الفنيين المعنيين بالإعسار ونفقات إدارة شؤون الإعسار)، والتشجيع على مواصلة الأعمال وإعادة تنظيمها (عن طريق إسناد الأولوية إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات). وعندما تتنافس هذه المصالح العمومية الأوسع نطاقا مع المصالح الخاصة، يمكن أن يترتب على ذلك تشويه للحوافز التجارية العادية. وعندما تُعطَى هذه المصالحُ العمومية الأولويةَ، ولا تُراعى المساواة في المعاملة استنادا إلى تحديد مراتب

المطالبات، يكون من المستصوب أن تبيّن بوضوح في قانون الإعسار الأسباب السياساتية التي ترسي تلك الأولوية. وفي غياب المساواة في المعاملة، يتيح هذا النهج، على الأقل، عنصرا من عناصر الشفافية وقابلية التنبؤ في مجال المطالبات والتوزيع، وإنشاء فئات من الدائنين في إطار خطة لإعادة التنظيم.

٥٤- وتعتمد قوانين الإعسار طائفة واسعة من النهُج المختلفة فيما يتعلق بتحديد مراتب الدائنين، من حيث الأولويات بين مختلف المراتب وكذلك من حيث معاملة الدائنين ضمن مرتبة معيَّنة، ومنهم مثلا الدائنون الذين هم معرّفون عموما بأنهم "غير مضمونين"، عندما يتسنى استعمال مراتب فرعية مختلفة.

(ب) إنزال مرتبة المطالبات

٥٥- عندما يكون شخص طبيعي أو منظمة مدينا لأكثر من دائن واحد، يحدّد مخطط الأولويات الذي يوضع في إطار القانون المعمول به (الذي يمكن أن ينص على إنزال مرتبة أنواع معيّنة من المطالبات، كمطالبات الأشخاص ذوي الصلة مثلا) أو بمقتضى اتفاق بين الأطراف الترتيبَ الذي ينبغي اتباعه في سداد تلك الديون. ولكن، حتى عندما يكون هناك مخطط للأولويات، يجوز السداد لدائن ذي أولوية عليا بعد السداد لدائن ذي أولوية دنيا بسبب إنزال مرتبة المطالبات.

٥٦- ويشير إنزال مرتبة المطالبات إلى إعادة ترتيب أولويات الدائنين وهو لا يتعلق بصحة المطالبة أو مشروعيتها. ويمكن أن تكون المطالبة التي أنزلت مرتبتها صحيحة وواجبة النفاذ، لكنها، بسبب اتفاق أو قرار من المحكمة، تُسدَّد في موعد أبعد في إطار مخطط التوزيع مما هو الأمر في غير ذلك من الأحوال. وترد أدناه مناقشة إنزال مرتبة المطالبات بمقتضى اتفاق أو بإعمال القانون.

'١' إنزال المرتبة تعاقديا

٥٧- يحدث إنزال المرتبة تعاقديا عندما يبرم دائنان أو أكثر اتفاقا مع مدين واحد (يشار إليه بكملة "إنزال المرتبة" أو بعبارة "اتفاق التوزيع") ينص على أنّ أحد الدائنين يوافق على الحصول على سداد مطالبته تجاه المدين بعد السداد للدائن الآخر أو للدائنين الآخرين. ويمكن أن تكون هذه الاتفاقات بين دائنين مضمونين أو بين دائنين غير مضمونين. فإذا كان الاتفاق بين دائنين مضمونين، نص عادة على أن يحظى أحد الدائنين بالأولوية على صاحب مصلحة

ضمانية هي أعلى مرتبة في غير ذلك من الأحوال. أمّا الاتفاقات بين الدائنين غير المضمونين فهي تنص في العادة على أن يتلقى أحد الدائنين سداد مقدار مطالبته بالكامل قبل أن يتلقى الدائن الذي أُنزلت أولويته أيّ توزيع.

٥٨- ويمكن أن تنشأ اتفاقات إنزال المرتبة في سياقات مختلفة. فعلى سبيل المثال، يتفق حاملو السندات عادة على إنزال مرتبة مطالباتهم أمام مطالبات مقرِض المدين رأسَ المال العامل. كذلك، عندما تكون منشأة في ضنك مالي، يمكن أن يتفق بعض الدائنين على إنزال مرتبة مطالباتهم من أجل مدّ يد المساعدة في الجهود الرامية إلى إعادة تنظيم المنشأة. ويمكن أن يتفق بعض الدائنين على إنزال مرتبة مطالباتهم أمام مقرض يزوّد المنشأة بأموال جديدة آملا أن تساعد تلك الأموال الجديدة المنشأة على الانتعاش وتحسّن بالتالي آفاق التسديد الكامل للدائنين الذين أنزلت مرتبتهم (انظر الفقرات ٩٤-١٠٧ من الفصل الثاني، بشأن التمويل اللاحق للبدء).

٥٩- وتنطبق القوانين التي تحدد صحة العقد ووجوب إنفاذه على اتفاقات إنزال المرتبة أيضا، مثلما تفعل ذلك الدفوع التعاقدية الاعتيادية، ومنها اللامبالاة والاحتيال وانعدام الضمير. وينبغي تفسير المبدأ العام في سياق الإعسار والمتمثل في الاعتراف بالأولويات السابقة للبدء بأنها تشمل الأولويات القائمة على اتفاق إنزال المرتبة، شريطة ألاّ ينص الاتفاق على مرتبة أعلى من تلك التي يُمنَح الدائن المعيَّن إياها في غير ذلك من الأحوال بموجب القانون المنطبق.

‘٢’ إنزال المرتبة من جانب المحكمة (يشار إليه بالتعبير "إنزال المرتبة المنصف")

٦٠- يحدث هذا النوع من إنزال المرتبة عندما تكون للمحكمة صلاحية تغيير أولوية سداد المطالبات، وذلك مثلا لمنع الدائن الذي اقترف احتيالا أو مارس نشاطا آخر غير مشروع أو تصرّف على نحو غير لائق لكسب مزية على غيره من الدائنين من الانتفاع من فعلته تلك. وقد ظهرت هذه النظرية في الأصل لمنع الأشخاص ذوي الصلة من استعمال آليات قانونية للحصول على مزايا من حيث الأولوية.

٦١- وعندما يستعمَل هذا النوع من إنزال المرتبة، فهو لا ينطبق بوجه عام إلاّ عندما يفضي ذلك التصرف فعلا إلى إلحاق ضرر ما بالدائنين الآخرين، كأن يغيّر مخطط التوزيع العادي ويمنح أحد الدائنين مرتبة غير نزيهة من حيث الأولوية. وبإمكان المحكمة عندئذ أن تلجأ إلى أسلوب إنزال المرتبة لتقويم مخطط الأولوية حتى يكون هناك توزيع عادل. وإذا

حصل ذلك التصرّف دون أن يفضي إلى مزية غير منصفة، لم يعد جائزا بصفة عامة استعمال هذا النوع من إنزال المرتبة.

(ج) تحديد مراتب المطالبات

'١' الدائنون المضمونون

٦٢- يعترف كثير من قوانين الإعسار بأنّ لحقوق الدائنين المضمونين أولوية أولى في الوفاء بمطالباتهم إمّا من عائدات بيع الموجودات المرهونة المحددة أو من أموال عامة، تبعا للطريقة التي تعامَل بها الموجودات المرهونة. أماَّ أسلوب التوزيع على الدائنين المضمونين فهو يتوقف على الأسلوب المستخدم لحماية الدائن المضمون أثناء الإجراءات (انظر الفقرات ٦٣-٦٩ من الفصل الثاني). فإذا كانت المصلحة الضمانية محمية بالحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة، فإنّ الدائن المضمون عادة ما يتمتع بمطالبة ذات أولوية على عائدات بيع تلك الموجودات بقدر قيمة مطالبته المضمونة. وفي المقابل، إذا كانت المصلحة الضمانية محمية بتثبيت قيمة الجزء المضمون من المطالبة وقت بدء الإجراءات، كانت للدائن بوجه عام مطالبة ذات أولوية في العائدات العامة للحوزة فيما يتعلق بتلك القيمة. أمّا عندما تتجاوز مطالبة الدائن المضمون قيمة الموجودات المرهونة أو قيمة المطالبة المضمونة على النحو المحدد عند بدء الإجراءات (في حال اتباع هذا النهج)، فإنّ الجزء غير المضمون من المطالبة يعامل بوجه عام باعتباره مطالبة عادية غير مضمونة لأغراض التوزيع.

٦٣- ولا يوفّر بعض قوانين الإعسار للدائنين المضمونين أولوية أولى. فالسداد للدائنين المضمونين يمكن أن يُدرج من حيث الأولوية، مثلا، بعد تكاليف إدارة شؤون الإعسار ومطالبات أخرى كمطالبات الأجور غير المدفوعة والمطالبات الضريبية والمطالبات البيئية والمطالبات عن الإصابات الشخصية، وهي مطالبات تحظى بحماية الأولوية بموجب قانون الإعسار. وهناك نهج آخر يتجلى في القوانين التي تقضي بأن يكون المبلغ الممكن استرداده (من حيث الأولوية) من جانب الدائنين المضمونين من الموجودات الضامنة لمطالبتهم محدودا بنسبة مئوية معيَّنة من تلك المطالبة. وفي بعض القوانين التي تعتمد ذلك النهج، يقام تمييز بين المصالح الضمانية بشأن كل موجودات المنشأة أساسا (يشار إلى ذلك أحيانا بأنه رهن المنشأة أو الرهن العائم) وغير ذلك من أنواع المصالح الضمانية، عندما يكون النوع الأول فقط هو الذي ينطبق عليه هذا الاستثناء.

٦٤- ويستخدم الجزء المكتسب من المطالبة بوجه عام لخدمة مطالبات الدائنين الآخرين، سواء أكانوا دائنين أقل أولوية أم دائنين عاديين غير مضمونين، أو لدفع أجر ممثل الإعسار ونفقاته والتكاليف المتصلة بالمحافظة على الحوزة وإدارة شؤونها عندما تكون قيمة موجودات الحوزة غير كافية لسد هذه التكاليف. ويتمثل أحد الأسس المنطقية لهذا النهج في أنه ينبغي للدائن المضمون أن يسهم، على نحو منصف بقدر ما، في تحمّل بعض خسائر الدائنين الآخرين في التصفية وبعض التكاليف في إعادة التنظيم. فما لم يُحجز جزء ما من موجودات المدين لسداد تلك المطالبات الأخرى، بات من غير المرجّح أن يكون للدائنين نصيب من التوزيع. ويحتمل أن يحدث اعتماد هذه الأنواع من الاستثناءات من قاعدة الأولوية الأولى للدائنين المضمونين ريبة فيما يتعلق باسترداد الائتمان المضمون، مما يَثني عن توفير ائتمان مضمون ويزيد من التكاليف المتصلة به. ومن المستصوب جدا أن يكون استعمال هذه الاستثناءات في قانون الإعسار محدودا.

٦٥- وعندما توفى المطالبة المضمونة مباشرة من صافي عائدات تسييل الموجودات المعنيّة، فإنّ الدائن المضمون، على عكس الدائنين غير المضمونين، لن يسهم عموما (على نحو مباشر أو غير مباشر) في التكاليف العامة لإجراءات الإعسار، ما لم تكن هناك أحكام كتلك الواردة أعلاه. غير أنّ الدائن المضمون قد يُلزَم مع ذلك، في تلك الحالات، بالاسهام في تكاليف أخرى تتعلق بمصالحه مباشرة. وإذا أنفق ممثل الإعسار موارد في الحفاظ على قيمة الموجودات المرهونة، ربما كان من المعقول أن يسترد تلك النفقات بصفتها نفقات إدارية من المبلغ الذي يدفع في العادة كأولوية إلى الدائن المضمون من عائدات بيع الموجودات. وهناك استثناء آخر من قاعدة الأولوية الأولى ربما يكون متعلقا أيضا بالأولويات المعطاة بشأن التمويل اللاحق لبدء الإجراءات، حيث ينبغي أن يكون الأثر الذي سيلحق بمصالح الدائنين المضمونين من جراء أيّ أولوية معطاة واضحا وقت الحصول على التمويل، خاصة وأنّ هذا ربما يكون قد حصل على موافقة الدائنين المضمونين.

'٢' التكاليف والنفقات الإدارية

٦٦- غالبا ما يكون للنفقات الإدارية المتعلقة بإجراءات الإعسار الأولوية على المطالبات غير المضمونة، وتعطى تلك الأولوية عموما لضمان السداد السليم للأطراف التي تعمل لصالح حوزة الإعسار. وتشمل هذه النفقات بوجه عام دفع أجر ممثل الإعسار وأيّ متخصصين فنيين يعملون لحسابه أو في بعض الحالات المدين؛ والديون الناشئة عن ممارسة ممثل الإعسار (أو المدين في بعض الحالات) لوظائفه وصلاحياته؛ والتكاليف الناشئة عن

استمرار التزامات تعاقدية (كاتفاقات العمل والايجار)؛ وتكاليف الإجراءات (كرسوم المحاكم)؛ وكذلك، بموجب بعض قوانين الإعسار، أجور أيّ متخصصين فنيين تستخدمهم لجنة الدائنين.

'٣' المطالبات ذات الأولوية أو ذات الأفضلية

٦٧– غالبا ما تعزو قوانين الإعسار الحقوق ذات الأولوية إلى مطالبات معيَّنة (غير مضمونة أساسا) تكون لها في النتيجة أولوية في السداد على مطالبات أخرى غير مضمونة ولا تحظى بالأفضلية (أو تحظى بأفضلية أدنى). وهذه الحقوق ذات الأولوية، التي كثيرا ما تستند إلى اعتبارات اجتماعية، وسياسية في بعض الأحيان، تناقض مبدأ التوزيع على أساس المساواة وتعمل عموما في غير صالح الدائنين العاديين غير المضمونين بتقليل قيمة الموجودات المتاحة للتوزيع عليهم. وقد تسفر إتاحة الحقوق ذات الأولوية عن احتمال زيادة الجدال العقيم بشأن تقرير مَن مِن الدائنين ينبغي أن يحظى بالأولوية، ومسوغات ذلك. ويؤثر إدراج هذه الحقوق في قانون الإعسار أيضا في تكلفة الائتمان ومدى توافره، ويزداد هذا الأثر مع انخفاض مقدار الأموال المتوفّرة للتوزيع على الدائنين الآخرين.

٦٨– وتستند بعض الأولويات إلى شواغل اجتماعية ربما يكون من الأيسر تناولها في قانون غير قانون الإعسار، كقوانين الرفاه الاجتماعي، بدلا من وضع قانون إعسار من أجل تحقيق أهداف اجتماعية ترتبط بشكل غير مباشر فقط بمسألتي المديونية والإعسار. وقد لا يفضي إعطاء الأولوية في قانون الإعسار في أحسن الأحوال سوى إلى معالجة ناقصة أو غير وافية للمشكلة الاجتماعية، ويؤدي في الوقت ذاته إلى جعل إجراءات الإعسار أقل فعالية. وعندما تكون الأولويات مدرجة في قانون الإعسار، أو عندما تحظى الأولويات التي توجد في قوانين غير قانون الإعسار بالاعتراف ويكون لها أثر في إجراءات الإعسار، فإنّ من المستصوب أن تُذكر تلك الأولويات بوضوح أو يُشار إليها في قانون الإعسار (وتصنّف مع المطالبات الأخرى عند الضرورة). وهذا كفيل بأن يجعل نظام الإعسار شفافا وقابلا للتنبؤ على الأقل فيما يتعلق بأثره في الدائنين، كما إنّ من شأنه أن يمكّن المقرضين من إجراء تقييم أدق للمخاطر المتصلة بالإقراض.

٦٩– وفي بعض قوانين الإعسار الصادرة مؤخرا، كان هناك تقليص كبير لعدد هذه الأنواع من الحقوق ذات الأولوية، مما يجسّد تغيّرا في تقبّل الناس لهذه المعاملة. فقد لجأت قلة من الدول في الآونة الأخيرة، على سبيل المثال، إلى إزالة الأولويات المتاحة تقليديا للمطالبات الضريبية. بيد أنّ هناك في دول أخرى نزوعا إلى زيادة فئات الديون التي تتمتع بالأولوية.

غير أنّ الإبقاء على عدد من المراتب المختلفة من الأولوية بشأن أنواع عديدة من المطالبات يمكن أن يُعَقِّد الأهداف الأساسية للإعسار وأن يجعل من الصعب إنجاز إجراءات فعّالة وناجعة. فهو قد يخلق أشكالا من الإجحاف، ويُعَقِّد عملية إعداد الخطة في إطار إعادة التنظيم. إضافة إلى ذلك، ينبغي التذكير بأنّ تعديل ترتيب التوزيع لاستحداث هذه الأولويات لا يزيد من مجموع مبلغ الأموال المتاحة للدائنين. بل إنه لن يسفر إلاّ عن منفعة لمجموعة واحدة من الدائنين على حساب مجموعة أخرى. فكلما زاد عدد فئات الدائنين ذوي الأولوية كبر النطاق للمجموعات الأخرى في المطالبة بالحصول على معاملة ذات أولوية أيضا. وكلما ازداد عدد الدائنين الذين يتمتعون بمعاملة ذات أولوية قلّت المنفعة المرجوة من هذه المعاملة.

٧٠- وقد تشمل بعض العوامل التي ربما تكون ذات صلة في تقرير ما إذا كانت هناك أسباب قاهرة لمنح أيّ نوع معين من الديون مكانة ذات أفضلية الحاجة إلى إنفاذ التزامات تعاهدية دولية كتلك المنطبقة على مطالبات العاملين (ترد مناقشة أكثر تفصيلا لهذه المسألة أدناه)؛ والحاجة إلى إقامة توازن بين الحقوق الخاصة والمصالح العمومية، والوسائل البديلة المتاحة لمعالجة هذه المصالح العمومية؛ واستصواب استحداث حوافز للدائنين لكي يديروا ائتماناهم بفعالية ولكي يحدّدوا أقل سعر ممكن للائتمان؛ وأثر ايجاد أفضليات معيّنة في تكاليف المعاملات والامتثال؛ واستصواب إجراء تمييز دقيق بين الدائنين يفضي إلى فئة واحدة من الدائنين يقع عليها عبء أكبر من الديون غير المسددة.

٧١- وتُتَّبع نُهُج مختلفة كثيرة إزاء أنواع المطالبات التي ستحظى بالأولوية وإزاء ما ستكون عليه تلك الأولوية. وتتباين أنواع الأولويات التي توفّرها الدول، ولكن السائد منها نوعان. أمّا النوع الأول فيسند الأولوية إلى رواتب العاملين واستحقاقاهم (مطالبات الضمان الاجتماعي والمعاش التقاعدي)، وأمّا النوع الثاني فيتعلق بالمطالبات الضريبية. ويمكن أن تكون مراعاة أولوية المطالبات الضريبية مثار انشغال خاص في الحالات عبر الوطنية. ويمكن أن يتمثل أحد النهُج بهذا الخصوص في حجب الأولوية عن جميع المطالبات الضريبية الأجنبية. وقد يكون أحد البدائل لذلك هو الاعتراف بنوع معين من الأولوية لهذه المطالبات الضريبية، ربما يكون محدودا من حيث النطاق، سواء في الحالات التي توجد فيها معاملة بالمثل فيما يتعلق بالاعتراف بهذه المطالبات أو عندما تكون إجراءات الإعسار المتعلقة بمنشأة مدينة واحدة تعالج على نحو مشترك في أكثر من دولة واحدة. وتعترف المادة ١٣ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود بأهمية مبدأ عدم التمييز فيما يخص تحديد

مراتب المطالبات الأجنبية، ولكنها تنص أيضا على أن بإمكان الدول التي لا تعترف بالمطالبات الضريبية الأجنبية وتلك المتعلقة بالضمان الاجتماعي أن تواصل التمييز عليها.[١٢]

أ- مطالبات العاملين[١٣]

٧٢- في معظم الدول تشكل مطالبات العمال (بما فيها المطالبات المتعلقة بالأجور وأجور أيام الاجازات أو العطل الرسمية والعلاوات الخاصة بحالات التغيّب الأخرى المدفوعة الأجر والمبالغ المدفوعة عند الفصل من العمل) فئة من المطالبات ذات الأولوية في سياق الإعسار. وهذه المطالبات، توضع، في عدد من الحالات، في مرتبة أعلى من مرتبة معظم المطالبات الأخرى، وتحديدا المطالبات الضريبية وتلك المتعلقة بالضمان الاجتماعي، كما إنها توضع في حالات قليلة أخرى، مثلما ذُكر أعلاه، في مرتبة أعلى من مرتبة المطالبات المضمونة (انظر الفقرتين ٦٣ و٦٤). وهذا النهج المتمثل في منح مطالبات العمال الأولوية يتماشى بوجه عام مع الحماية الخاصة التي تتاح للعاملين في مجالات أخرى من قانون الإعسار (انظر الفقرة ١٤٥ من الفصل الثاني)، وكذلك مع النهج الذي تتبعه الاتفاقيات الدولية بشأن حماية العمال.[١٤] وفي بعض قوانين الإعسار، تتجلى أهمية المحافظة على الاستمرار في إعطاء العمالة الأولوية على أهداف أخرى لعملية الإعسار، كزيادة قيمة الحوزة إلى أقصى حد لمصلحة جميع الدائنين، من التركيز على بيع المنشأة على شكل منشأة عاملة (مع إحالة الالتزامات القائمة بشأن العاملين)، خلافا للتصفية أو إعادة التنظيم حيث قد تتعرض هذه الالتزامات للتغيير أو الإنهاء.

---

(12) انظر الفقرة ٢ من المادة ١٣ والحاشية ٢ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود (انظر المرفق الثالث)؛ وتنص الفقرة الفرعية '١' من الفقرة ٢ من المادة ٤ من لائحة المجلس الأوروبي ٢٠٠٠/١٣٤٦ على أن تحديد مراتب المطالبات يقرّره قانون الدولة التي تُفتتَح فيها الإجراءات (سواء الرئيسية أم الثانوية).

(13) للاطلاع على تحليل للقوانين الوطنية بشأن حماية مطالبات العاملين ذات الصلة بالخدمة، انظر الفقرات ٢٩٨-٣٥٣ من الدراسة الاستقصائية لعام ٢٠٠٣ بشأن تطبيق اتفاقية حماية الأجور لسنة ١٩٤٩ (الاتفاقية رقم ٩٥)، التي أعدتها لجنة خبراء منظمة العمل الدولية بشأن تطبيق الاتفاقيات والتوصيات.

(14) منها، مثلا، اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن حماية مستحقات العمال عند إعسار صاحب عملهم، لعام ١٩٩٢ (الاتفاقية رقم ١٧٣). إذ تنص الفقرة ١ من المادة ٨ منها على أن "تضع القوانين أو اللوائح الوطنية مستحقات العمال في مرتبة امتياز أعلى من أغلب الديون الممتازة الأخرى، وبوجه خاص الديون المستحقة للدولة وللضمان الاجتماعي". وقد بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في عام ١٩٩٥.

٧٣- وفي بعض الدول، تعطى مطالبات العاملين الأولوية، ولكنها توضع في مرتبة متساوية مع مطالبات الضرائب والضمان الاجتماعي بجعلها كلها في فئة واحدة من المطالبات ذات الأولوية، وقد تلبى على نحو تناسبي في حال عدم كفاية الأموال. وفي دول أخرى، لا تعطى مطالبات العاملين أيّ أولوية وتصنَّف بصفتها مطالبات عادية غير مضمونة، على الرغم من أنّ سداد التزامات معيّنة تراكمت على فترات زمنية معيّنة في بعض الحالات (كالأجور والمكافآت التي تنشأ في غضون الأشهر الثلاثة التي تسبق بدء إجراءات الإعسار) قد تكفله الدولة من خلال مخطط لضمان الأجور أو مخطط تأمين يوفّر مصدر أموال مستقلا يكفل تسوية مطالبات العمال. ويمكن أن يكون للصندوق المالي الذي يكفل سداد هذه المطالبات أيضا مطالبة إزاء الحوزة أو قد تكون أو لا تكون له درجة من الأولوية تجاه حوزة الإعسار مساوية لمطالبات العاملين، وهذا يتوقف على اعتبارات سياساتية كاستخدام الأموال العمومية (مقارنة بموجودات المدين المعسر) لتمويل توفير تعويضات عن الأجور. وتتمثل الممارسة المعتادة في تمتع الصندوق بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها العامل، على الأقل بخصوص مبلغ محدد قد يبين من حيث مبلغ الأجور أو عدد من الأسابيع المدفوعة الأجر.

ب- المطالبات الضريبية

٧٤- غالبا ما تعطَى المطالبات الضريبية الحكومية الأولوية من أجل حماية الإيرادات العمومية، ولكن سيق لها أيضا عدد من المبررات الأخرى. ومن هذه المبررات أنّ ذلك يمكن أن يكون نافعا لإعادة التنظيم لأنّ السلطات الضريبية ستتشجع على تأخير تحصيل الضرائب من منشأة في ضائقة على أساس أنّ هذه السلطات ستتمتع في نهاية المطاف بالأولوية في الحصول على السداد في سياق الإعسار، وأنّ الحكومة بصفتها دائنا غير تجاري ليس له الاستعداد للاقراض، فقد يحال دون اتّباعها بعض الخيارات لاسترداد الديون التجارية. غير أنّ إعطاء هذه المطالبات الأولوية يمكن أن تكون له نتائج سيئة لأن الإخفاق في جباية الضرائب قد يضر بإنفاذ قوانين الضرائب على نحو موحّد وقد يمثل شكلا من أشكال إعانات الدولة يؤدي إلى تقويض الانضباط الذي يكون النظام الفعّال بشأن الإعسار مصمما لدعمه. كما إنه قد يشجّع السلطات الضريبية على التساهل في رصد المنشآت المدينة وتحصيل الديون بأسلوب تجاري يساعد على منع الإعسار واستنفاد الموجودات (فيما يخص معاملة المطالبات بالضرائب الأجنبية، انظر الفقرة ١٠، أعلاه).

'٤' الدائنون العاديون غير المضمونين

٧٥- حالما يتم الوفاء بمطالبات جميع الدائنين المضمونين أو ذوي الأولوية، يُوَزَّع الرصيد الباقي من حوزة الإعسار بوجه عام على أساس تناسب الحصص بين الدائنين العاديين غير المضمونين. وقد تكون هناك تصنيفات فرعية داخل الفئة الواحدة، حيث تُعامَل بعض المطالبات على أنها أدنى مرتبة أو ذات أولوية مثلما ذُكر آنفا. وترد أدناه مناقشة لبعض أنواع المطالبات التي تعامل بوجه عام على أنها أدنى مرتبة.

'٥' المالكون وحائزو الأسهم

٧٦- قد تكون للمالكين وحائزو الأسهم مطالبات ناشئة عن قروض مقدّمة إلى المنشأة المدينة ومطالبات ناشئة عن فوائد أسهمهم في رأس المال أو ملكيتهم في المنشأة المدينة. وتميز قوانين إعسار عديدة بين هذه المطالبات المختلفة. ففيما يتعلق بالمطالبات الناشئة عن فوائد الأسهم الرأسمالية، يعتمد العديد من قوانين الإعسار قاعدة عامة وهي أنّ مالكي المنشأة وحائزي الأسهم فيها لا يستحقون توزيع عائدات الموجودات إلى أن تسدد بالكامل جميع المطالبات الأخرى الأعلى مرتبة من حيث الأولوية (بما فيها المطالبات المتعلقة بالفوائد المتراكمة بعد بدء الإجراءات). وبالتالي، قلّما تتلقى هذه الأطراف أيّ توزيع يتعلق بفوائد أسهمهم في المنشأة المدينة. وفي حال القيام بعملية توزيع، فإنّها تتم عموما وفقا لتحديد مراتب الأسهم المبين في قانون الشركة وميثاق تأسيسها. غير أنّ المطالبات بالديون، ومنها تلك المتعلقة بالقروض، لا تُعامل دائما باعتبارها أدنى مرتبة.

'٦' الأشخاص ذوو الصلة

٧٧- هناك فئة أخرى من الدائنين قد تتطلب اهتماما خاصا وهي فئة الأشخاص الذين لهم صلة بالمدين، سواء بصفتهم الأسرية أو بحكم علاقتهم التجارية بأعمال المنشأة (انظر الفقرة ١٨٣ من الفصل الثاني والفقرة ٤٨ أعلاه). وبموجب بعض قوانين الإعسار، تعامل هذه المطالبات دائما على أنها أدنى مرتبة، بينما هي لا تعامَل كذلك بموجب قوانين أخرى إلاّ على أساس السلوك المجحف أو التصرف الاحتيالي أو شبه الاحتيالي. وعندما تعامل هذه المطالبات على أنها أدنى مرتبة فإنّها قد تدرَج بعد المطالبات العادية غير المضمونة. ولا تتعلق النهُج الأخرى المتبعة إزاء هذه المطالبات بعملية تحديد المراتب بل بالقيود على حقوق التصويت أو على المقدار أو النسبة المئوية من المطالبة الذي سيُقبل في الإجراءات.

'٧' الغرامات والجزاءات والفوائد اللاحقة لبدء الإجراءات

٧٨- يعامل بعض الدول مطالبات كالإكراميات والغرامات والجزاءات (سواء أكانت إدارية أم جنائية أم من نوع آخر) على أنها مطالبات عادية غير مضمونة، وتعتبرها أدنى مرتبة من المطالبات الأخرى غير المضمونة. وفي بعض قوانين الإعسار، تعامل هذه الأنواع من المطالبات على أنها مطالبات مستبعدة.

٧٩- وتتبع نُهج مختلفة حيال تراكم وسداد الفوائد المترتبة على المطالبات. إذ ينص بعض قوانين الإعسار على أنّ الفوائد على المطالبات تتوقف عن التراكم على جميع الديون غير المضمونة حال بدء إجراءات التصفية، لكنها تنص على أنّ السداد في سياق إعادة التنظيم سيتوقف على ما هو متفق عليه في الخطة. أمّا في الحالات الأخرى، عندما يوجد حكم خاص بتراكم الفوائد بعد بدء الإجراءات، فإنّ السداد قد يعامل بمرتبة أدنى ولن يتم إلا بعد دفع كل المطالبات الأخرى غير المضمونة.

٢- التوزيع

(أ) التصفية

٨٠- عندما يوجد عدد من الفئات المختلفة من المطالبات ذات الأولويات المختلفة، فإنّ كل فئة ذات مستوى من الأولوية يُدفع لها بالكامل قبل السداد لفئة من المستوى التالي. فإذا ما وصل التوزيع إلى مستوى من الأولوية لا تكفي معه الأموال المتاحة للسداد لجميع الدائنين المندرجين فيه سدادا كاملا، تقاسم الدائنون من تلك الفئة من الأولوية الأموال بحسب تناسب الحصص. وفي بعض القوانين التي لا تنص على مستويات مختلفة من الأولوية، يتقاسم الدائنون جميعا الأموال بينهم بحسب تناسب الحصص إذا لم تكن تلك الأموال كافية للسداد لهم جميعا بالكامل.

(ب) إعادة التنظيم

٨١- يجوز أن تَقترح خطة إعادة التنظيم أولويات توزيع تختلف عن تلك المنصوص عليها في قانون الإعسار، شريطة أن يوافق الدائنون المصوِّتون على الخطة على ذلك التعديل. وقد يكون من المستصوب، في إجراءات إعادة التنظيم، النص على أن تُدفع المطالبات ذات

الأولوية بالكامل كشرط أساسي لإقرار الخطة، ما لم يتفق الدائنون ذوو الأولوية المتأثرون على خلاف ذلك.

التوصيات ١٨٥-١٩٣

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بالأولوية والتوزيع هو:

(أ) تحديد الترتيب الذي ينبغي أن تسدد به المطالبات من الحوزة؛

(ب) ضمان السداد للدائنين المتماثلين في المرتبة من موجودات الحوزة على أساس تناسبي؛

(ج) تعيين ظروف محدودة يسمح فيها بإعطاء الأولوية في التوزيع.

مضمون الأحكام التشريعية

فئات الدائنين المتأثرين ببدء إجراءات الإعسار ومعاملة تلك الفئات

١٨٥- ينبغي أن يبين قانون الإعسار فئات الدائنين التي ستتأثر ببدء إجراءات الإعسار وكيفية معاملة تلك الفئات من حيث الأولوية والتوزيع.

وضع ترتيب لسداد المطالبات (الفقرتان ٥ و٥٢)

١٨٦- ينبغي أن يحدّد قانون الإعسار الترتيب الذي تُسدّد به المطالبات من الحوزة.

المطالبات ذات الأولوية (الفقرات ٥٣ و٦٧-٧١)

١٨٧- ينبغي أن يقلل قانون الإعسار إلى أدنى حد من الأولويات المسندة إلى المطالبات غير المضمونة. وينبغي أن يبين القانون بوضوح فئات المطالبات التي تستحق الأولوية في السداد في إجراءات الإعسار، إن وجدت تلك الفئات.

المطالبات المضمونة (الفقرات ٦٢-٦٥)

١٨٨- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المطالبة المضمونة ينبغي أن تسدد من الموجودات المرهونة في إجراءات التصفية أو بموجب خطة لإعادة التنظيم، رهنا بسداد أي مطالبات أعلى أولوية من المطالبة المضمونة، إن وجدت. وينبغي التقليل إلى أدنى حد من المطالبات التي هي أعلى أولوية من المطالبات المضمونة وذكرها بوضوح في قانون الإعسار. وعندما تكون قيمة الموجودات المرهونة غير كافية لسداد مطالبة الدائن المضمون، يجوز للدائن المضمون أن يشارك بصفة دائن عادي غير مضمون.

تحديد مراتب المطالبات غير المطالبات المضمونة (الفقرات ٦٦-٧٩)

١٨٩- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ المطالبات غير المطالبات المضمونة تحدد مراتبها على النحو التالي:[١٥]

(أ) التكاليف والنفقات الإدارية؛

(ب) المطالبات ذات الأولوية؛

(ج) المطالبات العادية غير المضمونة؛

(د) المطالبات المرجأة أو التي أُنزلت مرتبتها؛

١٩٠- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنه في حال وجود أي فائض بعد سداد كل المطالبات بالكامل، يعاد ذلك الفائض إلى المدين.

(15) يجوز أن ينص قانون الإعسار على زيادة تحديد مراتب المطالبات ضمن كل مرتبة من المراتب المبيّنة في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (د). وعندما يتعذّر التسديد الكامل لجميع الدائنين ضمن إحدى المراتب، ينبغي أن يجسّد ترتيب السداد أيّ تحديد آخر للمراتب مبيّن في قانون الإعسار بشأن المطالبات المتماثلة في المرتبة.

التوزيع في التصفية (الفقرتان ٤٠ و ٨٠)

١٩١- ينبغي أن ينص قانون الإعسار، كمبدأ عام، على معاملة المطالبات المتماثلة في المرتبة بالتساوي. وينبغي أن تسدد بالكامل جميع المطالبات المتماثلة في المرتبة قبل سداد المطالبات التي تليها في المرتبة.

١٩٢- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ على ممثل الإعسار أن يحتاط، عند القيام بالتوزيع، للمطالبات المقدّمة التي لم تُقبَل نهائيا بعد.

١٩٣- ينبغي أن يبيّن قانون الإعسار أنّ التوزيعات، في إجراءات التصفية، ينبغي أن تتم في أسرع وقت وأنه يمكن القيام بتوزيعات مؤقتة.

جيم- معاملة مجموعات الشركات في سياق الإعسار

١- مقدّمة

٨٢- جرى العُرف على أن تعمل المشاريع التجارية من خلال مجموعات من الشركات، وعلى أن تكون لكل شركة من المجموعة شخصيتها القانونية المستقلة. وإذا ما أصبحت إحدى شركات مجموعة ما معسرة، أثارت معاملة تلك الشركة بصفتها شخصية قانونية مستقلة عدة مسائل تتسم عموما بالتعقد وقد تكون في كثير من الأحيان عسيرة المعالجة. وفي بعض الحالات، كالحالة التي يكون فيها النشاط التجاري لشركة ما خاضعا لتوجيه أو سيطرة شركة شقيقة، قد لا يكون من الإنصاف معاملة شركات المجموعة كشخصيات قانونية مستقلة. فتلك المعاملة قد تحول، مثلا، دون الوصول إلى أموال شركة ما من أجل سداد ديون أو التزامات شركة مدينة شقيقة (باستثناء الحالة التي تكون فيها الشركة المدينة صاحبة أسهم في الشركة الشقيقة أو دائنة لها)، بصرف النظر عن العلاقة الوثيقة بين الشركات وعن احتمال أن تكون الشركة الشقيقة قد شاركت في إدارة الشركة المدينة أو عملت كموجهة إدارية لها وتسببت في تكبيدها ديونا أو التزامات مالية. وعلاوة على ذلك، عندما تكون الشركة المدينة منتمية إلى مجموعة شركات، قد يكون من الصعب استجلاء الملابسات الخاصة بأيّ حالة معيّنة من أجل تحديد الشركة التي تعامل معها الدائنون المعنيّون من بين شركات المجموعة أو تحديد التعاملات المالية فيما بين شركات المجموعة.

٨٣- وثمة ثلاث مسائل تمثل شاغلا خاصا في إجراءات الإعسار التي تشمل شركة تنتمي إلى مجموعة شركات، وهي:

(أ) مسؤولية أيّ شركة أخرى من شركات المجموعة عن الديون الخارجية للشركة المعسرة (بحكم كونها جميعا ديونا واقعة على الشركة المعسرة باستثناء الديون المستحقة للشركات الشقيقة، أي "الديون الداخلية للمجموعة")؛

(ب) كيفية معالجة الديون الداخلية للمجموعة (مطالبات الشركات الشقيقة في المجموعة تجاه الشركة المدينة)؛

(ج) بدء شركة من المجموعة إجراءات إعسار تجاه شركة شقيقة من تلك المجموعة.

٨٤- والمناقشة التالية، التي تجسّد تعقُّد هذا الموضوع، لا يُقصد منها سوى أن تكون مقدّمة وجيزة للبعض من هذه المسائل. فقوانين الإعسار تقدّم ردودا مختلفة على هذه وغيرها من المسائل، وهي ردود يمكن تبين الفرق بينها بمعرفة مدى سماح القانون برفع صفة الشركة المستقلة. فبعض القوانين يعتمد نهجا آمرا يقيّد بمقتضاه الظروف التي يمكن فيها عدم معاملة شركات المجموعة كشخصيات قانونية مستقلة ويرفع بمقتضاه صفة الشركة المستقلة، أو بعبارة أخرى يحدّد الظروف التي يمكن فيها اعتبار شركة شقيقة مسؤولة عن ديون عضو معسر في المجموعة. وثمة قوانين أخرى تعتمد نهجا أكثر توسعا وتعطي المحاكم صلاحيات اجتهادية واسعة في تقييم ظروف الحالة المعنيّة استنادا إلى مبادئ توجيهية معيّنة. وفي هذه الحالة الأخيرة، تكون مجموعة النتائج المحتملة أوسع مما هي في حال القوانين التي تعتمد نهجا آمرا. بيد أنّ من الشائع، في كلتا الحالتين، أن تتناول قوانين الإعسار هاتين المسألتين الخاصتين بالالتزامات الداخلية للمجموعة بناء على العلاقة بين الشركة المعسرة والشركات الشقيقة من حيث المساهمة في رأس المال والسيطرة الإدارية. ومن المنافع الممكنة لتناول هاتين المسألتين في قانون الإعسار توفير حافز لمجموعات الشركات لكي تفرض رقابة مستمرة على أنشطة الشركات المنتمية إليها وتتخذ إجراءات مبكرة في حال تعرض أحد أعضاء المجموعة لضائقة مالية. غير أنّ عدم معاملة شركات المجموعة ككيانات قانونية مستقلة قد يضعف قدرة المنشأة والمستثمرين والدائنين على عزل المخاطر وإيجاد خيارات بشأنها (وهذا قد يكون بالغ الأهمية عندما تضم المجموعة شركة ذات متطلبات خاصة فيما يتعلق بإدارة المخاطر، كمؤسسة مالية مثلا). وهذا يمكن أن يحدث قدرا كبيرا من الريبة يؤثر في تكلفة الائتمان، خصوصا عندما

تتولى محكمة أمر البت في المسؤولية عن ديون المجموعة بعد حدوث الإعسار؛ كما يمكن أن ينطوي على تعقّدات محاسبية تتعلق بالطريقة التي تعامل بها الالتزامات داخل المجموعة.

٨٥– وعلى الرغم من اتباع نُهُج مختلفة تجاه هذه المسائل المعقَّدة جدا، من الأهمية بمكان أن يعالج نظام الإعسار المسائل المتعلقة بمجموعات الشركات بتفصيلات إجرائية كافية لتوفير اليقين لجميع الأطراف المعنية بمعاملات تجارية مع مجموعات الشركات. ومن البدائل للتنظيم المباشر لمجموعات الشركات في حالة الإعسار تقديم تعريف كاف في أجزاء أخرى من قانون الإعسار للتمكين من تطبيق تلك الأحكام على مجموعات الشركات، مثل استخدام أحكام الإبطال أو أحكام إنزال مرتبة المطالبات فيما يتعلق بالأطراف ذات الصلة.

٢– مسؤولية المجموعة عن الديون الخارجية

٨٦– تأخذ نظم الإعسار في الاعتبار عددا من الظروف أو العوامل المختلفة لدى تقييم ما إذا كان ينبغي إلقاء المسؤولية عن الديون الخارجية التي يشكو منها عضو معسر في مجموعة على عاتق شركة شقيقة.

٨٧– ومن الشائع في كثير من الولايات القضائية أن تتحمل الشركة الشقيقة مسؤولية الدَّين عندما تكون قد قدّمت ضمانا فيما يتعلق بشركاتها الفرعية. كما تحدد نظم كثيرة الجهة المسؤولة عن التعويض عن أيّ خسارة أو ضرر في حالات الاحتيال في المعاملات الداخلية. وثمة حلول أخرى قد تطرحها مجالات قانونية أخرى. ففي بعض الظروف، مثلا، قد يعامل القانون الشركة المعسرة كوكيلة للشركة الشقيقة، مما يسمح للأطراف الثالثة بإنفاذ حقوقها مباشرة تجاه الشركة الشقيقة باعتبارها الشركة الأصيلة.

٨٨– وعندما يمنح قانون الإعسار المحكمة صلاحيات اجتهادية واسعة في تقرير مسؤولية واحدة أو أكثر من شركات المجموعة عن ديون الشركات الأخرى في المجموعة، رهنا ببعض المبادئ التوجيهية، يمكن أن تتضمّن تلك المبادئ التوجيهية الاعتبارات التالية: مدى تشابك إدارة تلك الشركات وأعمالها وأموالها؛ وتصرفات الشركة الشقيقة تجاه دائني الشركة المعسرة؛ وتصور أولئك الدائنين أنهم يتعاملون مع كيان اقتصادي واحد لا مع اثنين أو أكثر من شركات المجموعة؛ ومدى كون الإعسار معزوّا لتصرفات الشركة الشقيقة. واستنادا إلى هذه الاعتبارات، يمكن للمحكمة أن تبتَّ في مدى كون إحدى شركات المجموعة قد عملت كمنشأة منفردة، و يجوز لها في بعض الولايات القضائية أن تأمر بدمج أو تجميع

موجودات شركات المجموعة والتزاماتها المالية،[16] خصوصا عندما يكون من شأن ذلك الأمر أن يساعد على إعادة تنظيم مجموعة الشركات، أو بأن تسهم الشركة الشقيقة ماليا في حوزة الإعسار، شريطة ألا يؤثر ذلك الإسهام على ملاءة الشركة المسهمة. وتُدفع المبالغ المسهم بها عادة إلى ممثل الإعسار الذي يتولى إدارة شؤون الحوزة المعسرة بما فيه منفعة الحوزة ككل.

٨٩- وثمة اعتبار هام آخر في قوانين الإعسار التي تسمح باتخاذ تلك التدابير، وهو تأثير تلك التدابير في الدائنين. فسعيا إلى ضمان الإنصاف تجاه الدائنين ككل، يجب على تلك النظم أن توفق بين مصالح مجموعتين (أو أكثر) من الدائنين الذين تعاملوا مع شركتين منفصلتين (أو أكثر). ومن شأن هذه المصالح الجماعية أن تتضارب إذا كان مجموع موجودات الشركات المؤتلفة لا يكفي لتسديد جميع المطالبات. وفي هذه الحالة، سيجد دائنو شركة في المجموعة ذات قاعدة موجودات كبيرة أنّ موجوداتهم تناقصت بسبب مطالبات دائني شركة أخرى في المجموعة ذات قاعدة موجودات صغيرة. ومن النهُج المتبعة إزاء هذه المسألة أن يُنظر فيما إذا كانت الوفورات المحققة للدائنين بصورة مجتمعة ترجح على الأضرار العَرَضية اللاحقة بفرادى الدائنين. وعندما تكون كلتا الشركتين معسرتين، يأخذ بعض القوانين بعين الاعتبار ما إذا كان من شأن الامتناع عن اتخاذ قرار بالدمج، مما يكفل القيام بإجراءات إعسار منفصلة، أن يزيد من تكلفة الإجراءات ومدتها وأن يستنفد أموالا كان يمكن أن تتاح للدائنين، مما تترتب عليه إفادة حائزي الأسهم في بعض شركات المجموعة الذين يتلقون عائدات على حساب دائني شركات أخرى في المجموعة.[17]

٩٠- والمبدأ المشترك بين جميع النظم التي تتضمّن قوانين من هذا النوع هو أنّ المحكمة، لكي تصدر أمرا بالدمج، يجب أن تكون مقتنعة بأنّ عدم الدمج سيلحق بالدائنين ضررا أكبر من الضرر الذي كان سيصيب الشركات المعسرة والدائنين المعارضين من جراء أمر الدمج. وتوخيا للإنصاف، يسمح بعض النظم القانونية بإجراء دمج جزئي، وذلك باستثناء مطالبات دائنين معيّنين وتسديد تلك المطالبات من موجودات معيَّنة (مستثناة من أمر الدمج) لإحدى

(16) من شأن القرار القاضي بأنّ مجموعة الشركات قد عملت ككيان اقتصادي واحد أن يتسبب في تطبيق أحكام أخرى من قانون الإعسار، مثل واجب المديرين أن يمنعوا الشركة المعسرة من النشاط التجاري. كما إنّ بعض القوانين يسمح للشركات، في حالات محدودة، بتجميع الموجودات والالتزامات المالية طوعا.

(17) يقضي بعض القوانين بتحديد دائني كل شركة شقيقة من شركات المجموعة بصورة منفصلة، وكذلك موجوداتها والتزاماتها المالية، قبل إجراء أيّ توزيع.

الشركات المعسرة. وقد كان للصعوبات المصادفة في عملية التوفيق هذه أثر في الحد من تواتر إصدار أوامر من هذا القبيل في الدول التي تتيحها.

٩١– وتجدر الإشارة إلى أنّ قوانين الإعسار التي تنص على الدمج لا تمس حقوق الدائنين المضمونين، ربما باستثناء أصحاب الضمانات الداخلية (عندما يكون الدائن المضمون شركة من شركات المجموعة).

٣– الديون الداخلية للمجموعة

٩٢– يمكن معالجة مسألة الديون الداخلية للمجموعة بعدد من السبل. فبموجب بعض قوانين الإعسار، يمكن أن تخضع المعاملات الداخلية للمجموعة لإجراءات إبطال. وبموجب بعض قوانين الإعسار التي تنص على الدمج، يُنهي أمر الدمج الالتزامات الداخلية للمجموعة. وثمة نُهُج أخرى تنطوي على تصنيف المعاملات الداخلية للمجموعة بصورة مغايرة لتصنيف المعاملات المماثلة التي تجرى بين أطراف غير شقيقة (على سبيل المثال، يمكن معاملة الدَّين على أنه مساهمة في رأس المال بدلا من اعتباره قرضا داخليا في المجموعة)، مما يفضي إلى جعل الالتزام الداخلي ذا أولوية أدنى من الالتزام المماثل بين أطراف غير شقيقة.

سادسا– اختتام الإجراءات

ألف– إبراء الذمة

١– هناك إدراك متزايد في بعض الأوساط لضرورة الاعتراف بأنّ فشل المنشآت التجارية هو سمة طبيعية من سمات الاقتصاد والتسليم بأنّ المنشآت الضعيفة والقوية على السواء يمكن أن تفشل، وإن كان ذلك لأسباب مغايرة، دون أن ينطوي هذا الفشل بالضرورة على سلوك غير مسؤول أو متهوّر أو غير أمين من جانب إدارة المنشأة. وقد يكون الشخص الذي فشل في عمل من الأعمال التجارية قد تعلّم من تلك التجربة، وتشير بعض الدراسات إلى أنّ هؤلاء الأشخاص كثيرا ما يحققون نجاحا كبيرا في مشاريع تجارية لاحقة. ولهذه الأسباب، يرى عدد من الدول أنه ينبغي لنظمها الخاصة بالإعسار أن تركّز لا على معالجة إدارة الفشل فحسب بل وكذلك على تيسير بداية جديدة للمدينين المعسرين بتسوية وضعهم المالي واتخاذ خطوات أخرى لتخفيف الوصمة المقترنة بالفشل التجاري، بدلا من التركيز على معاقبة المدين. وبالإضافة إلى تكييف قانون الإعسار بهدف إزالة الشروط والقيود غير الضرورية المفروضة على إبراء الذمة، هناك حاجة إلى تشجيع المصارف والمجتمع الأوسع على اتخاذ نظرة مختلفة إزاء الفشل التجاري وعلى تقديم المساعدة والدعم إلى المعنيين بذلك. وينبغي أن يحمي نظام الإعسار، في الوقت ذاته، الناس والأوساط التجارية من المدينين الذين كانت إدارتهم لشؤونهم المالية غير مسؤولة أو متهورة أو غير أمينة.

٢– وعقب عملية التوزيع في سياق تصفية حوزة الإعسار، يحتمل أن يكون هناك عدّة دائنين لم يدفع لهم حقهم بالكامل. ومن الضروري أن ينظر قانون الإعسار فيما إذا كانت ستبقى لهؤلاء الدائنين مطالبة قائمة تجاه المدين الفرد أم سيعفى المدين أو "تبرّأ ذمته" من تلك المطالبات المتبقية.

١- إبراء ذمة المدين في سياق التصفية

(أ) عندما يكون المدين كيانا اعتباريا

٣- عندما يكون المدين شركة محدودة المسؤولية، لا تنشأ مسألة إبراء الذمة عقب التصفية؛ فالقانون ينص بوجه عام على اختفاء الكيان الاعتباري أو، كبديل لذلك، على أن يظل قائما كشركة ظاهرية دون موجودات. ولا يكون حائزو الأسهم مسؤولين عندئذ عن المطالبات المتبقية ولا تنشأ مسألة إبراء ذمتهم. أمّا إذا اتخذت منشأة المدين شكلا مختلفا، كأن تصبح ملكية فردية أو مجموعة أفراد (شراكة) أو كيانا يتحمل أصحابه مسؤولية غير محدودة، فالمسألة المطروحة هي ما إذا كان أولئك المدينون الأفراد يظلون مسؤولين شخصيا عن المطالبات غير الموفّاة بعد التصفية.

(ب) عندما يكون المدين شخصا طبيعيا

٤- تعتمد قوانين الإعسار طائفة من النهُج المختلفة إزاء مسألة إبراء ذمة المدين عندما يكون شخصا طبيعيا. فبموجب بعض القوانين، لا يمكن إبراء ذمة المدين المعسر قبل سداد كل ديونه. وبموجب قوانين أخرى، يظل المدين مسؤولا عن المطالبات غير الموفّاة، رهنا بفترة تقادم (قد تكون في بعض الحالات طويلة جدا، كأن تدوم عشر سنوات مثلا)، يمكن بعد انقضائها إبراء الذمة. وربما يفرض بعض هذه القوانين أيضا على المدين عددا من الشروط والقيود المتصلة بالأنشطة المهنية والتجارية والشخصية، منها مثلا عمله مديرا لشركة. وهذا النوع من القواعد يبرز قيمة العلاقة بين المدين والدائن: فالقصد من استمرار مسؤولية المدين عقب التصفية هو كبح جماح السلوك المالي للمدين وتشجيع الدائن على توفير التمويل. ولكنه قد يعمل في الوقت ذاته على إحباط الفرص وكبح الابتكار وأنشطة تنظيم المشاريع لأن جزاءات الفشل قاسية، وعلى ثني المدينين عن تقديم طلب لبدء إجراءات الإعسار.

٥- وتنص قوانين إعسار أخرى على إبراء ذمة المدين الأمين غير المحتال إبراء تاما عقب التوزيع في سياق التصفية مباشرة. ويؤكد هذا النهج على فائدة "البداية الجديدة" التي يجلبها إبراء الذمة، وكثيرا ما يستهدف تشجيع نشوء فئة من منظمي المشاريع. كما إنه يمثل اعترافا بأنّ المديونية المفرطة هي واقع اقتصادي راهن وينبغي معالجتها في قانون الإعسار. وثمة نهج ثالث يسعى إلى إقامة حل وسط: بأن يمنح إبراء الذمة بعد مضي فترة على التوزيع ينتظر من المدين أثناءها أن يبذل جهدا بحسن نية للوفاء بالتزاماته المتبقية.

٦– وبصرف النظر عن النهج المعتمد، تقيّد كل القوانين في بعض الحالات توافر إبراء الذمة. وهذه الحالات تتباين من قانون إلى آخر، لكنها قد تشمل الحالات التي يكون فيها المدين قد تصرّف بطريقة احتيالية؛ أو تورّط في نشاط إجرامي؛ أو انتهك قوانين العمل أو البيئة؛ أو لم يحفظ سجلات ملائمة؛ أو لم يشارك في إجراءات الإعسار بحسن نية أو لم يتعاون مع ممثل الإعسار؛ أو لم يوفّر معلومات أو سعى بنشاط إلى حجبها أو إخفائها؛ أو استمر في التجارة في وقت كان يعلم فيه أنه معسر؛ أو كبّد نفسه ديونا دون أمل معقول في أن يتمكن من سدادها؛ أو أخفى أو أتلف موجودات أو سجلات بعد تقديم طلب بدء الإجراءات.

٧– وقد تُستبعَد من إبراء الذمة أنواع معيّنة من الديون، كمطالبات المضارة واتفاقات الإعالة (المدفوعات إلى الزوج المطلَّق أو مدفوعات إعالة أطفال المدين)، والاحتيال، والعقوبات التي يكون الحبس بديلا لها، والضرائب.

٨– وإضافة إلى فرض شروط بصفتها جزءا من إبراء الذمة، قد تُفرض أيضا شروط على المدين وأنشطته، سواء أثناء الإجراءات أو كشرط مسبق لإبراء الذمة. وهذه القيود يمكن أن يُوصى بها ممثل الإعسار أو تُوصي بها المحكمة. ويمكن أن تشمل هذه الشروط فرض قيود على قدرة المدين على الحصول على ائتمان جديد، أو على مغادرة البلد، أو على مواصلة العمل التجاري أو مزاولة مهنته لفترة من الزمن. ويمكن أيضا إبراء الذمة بشرط عدم حصول المدين لاحقا على ثروة جديدة طائلة يمكن سداد الديون السابقة منها. ويختلف طول مدة سريان هذه القيود تبعا لحالة المدين. وثمة تقييدات أخرى اعتمدتها قوانين الإعسار تتعلق بعدد المرات التي يمكن فيها إبراء ذمة المدين. ففي بعض الولايات القضائية، تتاح فرصة إبراء الذمة مرة واحدة طوال العمر؛ بينما تفرض نظم أخرى فترة انتظار دنيا، لا تقل مثلا عن عشر سنوات، قبل أن يصبح المدين مؤهلا لإبراء ذمة جديد، أو حتى لكي يتمكن من المشاركة في إجراءات اعسار أخرى يمكن أن تفضي إلى إبراء ذمة جديد. وثمة نهج ثالث يقيّد إبراء الذمة عندما يكون المدين، مثلا، قد حصل على إبراء ذمة خلال فترة معيّنة قبل بدء الإجراءات الراهنة وتكون المبالغ المدفوعة في تلك الإجراءات السابقة أقل من نسبة مئوية محددة.

٩– ويقتضي الاختيار بين هذه البدائل المختلفة تقدير العلّة المنطقية من قانون الإعسار وتوفير إبراء الذمة وموازنة ذلك بضرورة فرض جزاء على سلوك معين. ويمكن إقامة تمييز بين السلوك الذي هو غير لائق وربما مهمل والسلوك الذي يمكن أن يكون بمثابة سلوك إجرامي. فإذا كان الغرض الأساسي من قانون الإعسار هو حل الضائقة المالية التي يشكو منها المدين وإتاحة بداية جديدة للتشجيع على مباشرة نشاط في مجال تنظيم المشاريع وعلى

القيام بمجازفات، أمكن إبراء ذمة المدين الأمين والمتعاون الذي أوفى بالتزاماته بموجب قانون الإعسار وذلك بعد تنفيذ التصفية مع فرض قيود دنيا. أما النهج الذي يفرض قيودا شاقة على أولئك المدينين ولا يسمح بإبراء الذمة إلا بعد انقضاء فترات طويلة واستيفاء شروط عديدة، فهو يوحي بأنّ الغرض الأساسي هو معاقبة المدين بدلا من إعادة تأهيله. وقد يكون من الأنسب فرض شروط وقيود عندما لا يكون المدين أمينا ولا يكون قد تعاون مع ممثل الإعسار أو أوفى بالتزاماته بموجب قانون الإعسار أو كان، في الحالات القصوى، قد أُدين بارتكاب سلوك إجرامي.

١٠- وثمة اعتبار إضافي في تأطير شروط إبراء الذمة وهو الصلة بين تلك الشروط والعلّة المنطقية الأساسية من وراء إبراء الذمة. ففرض شروط عامة معيّنة، كأن يُحظر على المدين أن يمارس أنشطة تجارية، قد يكون بمثابة عقوبة ويتنافى مع المفهوم الأساسي المتمثل في توفير بداية جديدة. وقد يكون من الأنسب فرض شروط أكثر تحديدا كتقييد قدرة المدين على العمل في مجلس للمدراء، خاصة عندما يكون المدين مديرا للمنشأة التي أصبحت معسرة. وعندما يعتمد قانون الإعسار النهج المتمثل في فرض شروط واستثناء ديون معيّنة من إبراء الذمة، فمن المستصوب الاحتفاظ بالقدر الأدنى من تلك الشروط والاستثناءات. وينبغي قدر الإمكان ذكر أنواع الديون المزمع استثناؤها في قانون الإعسار ضمانا للشفافية وقابلية التنبؤ.

١١- وينص بعض قوانين الإعسار أيضا على جواز منح إبراء الذمة في مرحلة مبكّرة من الإجراءات (قبل اختتامها). ولكن، يمكن تعليق إبراء الذمة إذا لم يمتثل المدين، مثلا، لأحد الالتزامات، أو يمكن إلغاؤه عندما يكون قد تم الحصول عليه بالاحتيال، مثلا، أو يكون المدين قد حجب بطريقة احتيالية معلومات تتعلق بممتلكات كان ينبغي أن تكون جزءا من الحوزة، أو لم يمتثل لأوامر المحكمة.

١٢- وثمة مسألة قد يلزم أخذها في الاعتبار عند النظر في إبراء ذمة الأشخاص الطبيعيين المنخرطين في نشاط تجاري، وهي تداخل مديونية المنشأة مع المديونية الاستهلاكية. فتسليما باختلاف النهُج المتبعة إزاء إعسار الأشخاص الطبيعيين (لا يمكن، في بعض الدول، إعلان الشخص الطبيعي مُفلسا بتاتا؛ ويُشترط، في دول أخرى، أن يكون الشخص قد تصرّف بصفة "تاجر")، وبأنّ العديد من الدول ليس لديها نظام متطور بشأن إعسار المستهلك، فلدى عدد من الدول قوانين إعسار تسعى إلى التمييز بين أولئك الذين هم مجرد مدينين استهلاكيين وأولئك الذين تنشأ التزاماتهم المالية من أعمال تجارية صغيرة. وبما أنّ الائتمان الاستهلاكي كثيرا ما يُستخدم لتمويل مشاريع تجارية صغيرة إما كرأس مال ابتدائي وإما كأموال تشغيلية، فقد لا يتسنى دائما تقسيم الديون إلى فئات واضحة. ولهذا السبب، إذا

كان النظام القانوني يعترف بكل من الديون الاستهلاكية والتجارية، فقد لا يصح أن توجد بشأن الديون التجارية للأشخاص الطبيعيين قواعد تختلف عن تلك المنطبقة على الديون الاستهلاكية.

١٣– وتجدر الإشارة إلى أنّ إبراء ذمة المدين الذي هو شخص طبيعي لا يؤثر عموما في مسؤولية الطرف الثالث الذي كفل التزامات ذلك المدين.

٢– إبراء الذمة من الديون والمطالبات في إعادة التنظيم

١٤– من أجل ضمان أفضل فرص النجاح للمنشأة المدينة التي يعاد تنظيمها، يمكن لقانون الإعسار أن ينص على إبراء الذمة من الديون والمطالبات التي أُبرئت ذمة المنشأة المدينة منها أو التي غيّرت على نحو آخر بمقتضى الخطة وعلى تغيير تلك الديون والمطالبات. وهذا النهج يدعم الهدف المتمثل في إيجاد اليقين التجاري، إذ يعطي مفعولا إلزاميا لإسقاط الديون أو إلغائها أو تغييرها وفقا للخطة الموافق عليها. وهذا المبدأ بالغ الأهمية لضمان الامتثال لأحكام الخطة من قبل الدائنين الذين رفضوا الخطة ومن قبل الدائنين الذين لم يشاركوا في الإجراءات. كما إنه يجعل سائر المقرضين والمستثمرين متيقنين من أنهم لن يتورطوا في تصفية غير متوقعة أو يُضطَرُّوا إلى التنافس مع مطالبات مستترة أو غير معلن عنها. وبذلك، يؤكد إبراء الذمة بشكل قطعي أنّ الخطة تعالج حقوق الدائنين القانونية معالجة تامة.

١٥– ويمكن أن يكون إبراء الذمة في إعادة التنظيم ساريا اعتبارا من الوقت الذي تصبح فيه الخطة سارية بمقتضى قانون الإعسار أو اعتبارا من الوقت الذي تنفذ فيه بالكامل. وفي حال عدم تنفيذ الخطة بالكامل أو عدم تنفيذها البتة، تنص قوانين إعسار كثيرة على إمكان صرف النظر عن إبراء الذمة.

التوصيات ١٩٤–١٩٦

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة بإبراء الذمة هو:

(أ) التمكين من إبراء ذمة المدين الذي هو شخص طبيعي نهائيا من التزاماته بشأن الديون السابقة لبدء الإجراءات، مما يتيح له الفرصة لبداية جديدة؛

(ب) تحديد الظروف التي يمنح فيها إبراء الذمة وشروط ذلك الإبراء.

مضمون الأحكام التشريعية

إبراء ذمة المدين الذي هو شخص طبيعي في سياق التصفية (الفقرات ١ و٢ و٤-١٣)

١٩٤- عندما يكون الأشخاص الطبيعيون مؤهلين لأن يعتبروا مدينين بموجب قانون الإعسار، ينبغي معالجة مسألة إبراء ذمة أولئك المدينين من التزاماتهم بشأن الديون السابقة لبدء الإجراءات. ويمكن أن يبين قانون الإعسار أن إبراء الذمة لا يجوز أن يسري إلا بعد انقضاء فترة زمنية معيّنة عقب بدء الإجراءات ينتظر من المدين أثناءها أن يتعاون مع ممثل الإعسار. وعند انقضاء تلك الفترة، يجوز إبراء ذمة المدين إذا لم يكن قد تصرف على نحو احتيالي وكان قد تعاون مع ممثل الإعسار على أداء التزاماته بموجب قانون الإعسار. ويمكن أن يبيّن قانون الإعسار أنّ إبراء الذمة يبطل عندما يُحصل عليه بطريقة احتيالية.

١٩٥- عندما ينص قانون الإعسار على أنّ ديونا معيّنة مستثناةٌ من إبراء الذمة، ينبغي الحفاظ على أدنى قدر من تلك الديون بغية تيسير بداية المدين الجديدة وذكر تلك الديون بوضوح في قانون الإعسار.

١٩٦- عندما ينص قانون الإعسار على أنّ إبراء ذمة المدين يمكن أن يخضع لشروط، ينبغي الحفاظ على أدنى قدر من تلك الشروط بغية تيسير بداية المدين الجديدة وذكر تلك الشروط بوضوح في قانون الإعسار.

باء- إقفال الإجراءات

١٦- تعتمد قوانين الإعسار نُهُجا مختلفة إزاء الأسلوب الذي يتعيّن اتباعه في اختتام الإجراءات أو إقفالها، والشروط المسبقة للإقفال، والقواعد الإجرائية التي يتعيّن اتباعها. ومن المستصوب أن يحدّد قانون الإعسار الطرف الذي يجوز له تقديم طلب لإقفال الإجراءات؛ وما إذا كان ينبغي إشهار قرار إقفال الإجراءات؛ وما إذا كان يجوز الاستماع إلى آراء الدائنين بشأن ذلك الطلب.

١- التصفية

١٧- يعتمد عدد من قوانين الإعسار نهجا يقضي عادة بأن يعقد ممثل الإعسار، عقب تسييل الموجودات وتوزيعها، اجتماعا للدائنين يقدّم فيه الحسابات الختامية. وإذا وافق الدائنون على تلك الحسابات، أصبح كل المطلوب عندئذ بمقتضى بعض القوانين (عندما يكون المدين شركة) هو إيداع الحسابات الختامية مع تقرير عن الاجتماع الختامي لدى الهيئة الإدارية المسؤولة عن تسجيل الشركات، وبذلك يصبح الكيان المدين منحلا. وتشترط قوانين أخرى تقديم طلب رسمي إلى المحكمة لاستصدار أمر بحله. وهناك بضعة تنويعات لهذا النهج العام منها اعتماد قواعد إجرائية مختلفة بعض الشيء تبعا لما إذا كان طلب بدء الإجراءات صادرا عن المدين أم عن الدائنين.

٢- إعادة التنظيم

١٨- تعتمد قوانين الإعسار عموما واحدا من نهجين أو ثلاثة نُهُج إزاء إقفال إجراءات إعادة التنظيم. ويمكن معاملة إجراءات إعادة التنظيم على أنها مقفلة عندما تحظى خطة إعادة التنظيم بالموافقة (ويتم إقرارها إذا ما كان ذلك مطلوبا)؛ أو عندما يُوفى بالالتزامات المالية وفقا للخطة وتكون الخطة بخلاف ذلك قد نفّذت بالكامل (بأمر رسمي من المحكمة أو دون ذلك، وإن كان بعض القوانين ينص على أن يُعفَى ممثل الإعسار من واجباته بأمر رسمي من المحكمة)؛ أو عندما تأمر المحكمة بإلغاء الإجراءات لأنها تمثّل استعمالا غير مناسب لقانون الإعسار أو لأن المدين لم يستوف معايير البدء وقت بدء الإجراءات.

١٩- ويمكن إقفال الإجراءات أيضا وفقا لأحكام الخطة أو أيّ اتفاق تعاقدي آخر مع الدائنين. وعندما لا تنفَّذ خطة إعادة التنظيم بالكامل، يجوز أن ينص قانون الإعسار على أنّ المحكمة يجوز لها أن تحوِّل إجراءات إعادة التنظيم إلى إجراءات تصفية عندما يخل المدين بالخطة إخلالا جوهريا أو يتعذر تنفيذ الخطة، تفاديا لترك المدين في حالة إعسار وترك وضعه المالي دون تسوية. وثمة نهج بديل وهو أنه يجوز أن ينص قانون الإعسار على إلغاء الإجراءات في حالات مناسبة منها مثلا أن تكون الموجودات المتبقية مرهونة بالكامل ولا يتسنى توزيع أي شيء على الدائنين غير المضمونين. أمّا مسألة ما إذا كان تحويل الإجراءات يشكّل إقفالا رسميا لإجراءات إعادة التنظيم وبدءا لإجراءات التصفية فيتوقف على النهج المتبع في الولاية القضائية المعنيّة (انظر الفقرات ٧٢-٧٥ من الفصل الرابع، أعلاه). وعندما تُقفَل إجراءات

إعادة التنظيم حالما تحظى الخطة بالموافقة (ويتم إقرارها إذا كان ذلك مطلوبا)، يتم إنفاذ الحقوق والالتزامات الواردة في الخطة بمقتضى قانون غير قانون الإعسار.

التوصيتان ١٩٧ و١٩٨

الغرض من الأحكام التشريعية

الغرض من الأحكام المتعلقة باختتام إجراءات الإعسار هو تحديد تدبير إجرائي بشأن إقفال الإجراءات حالما يتحقق الهدف منها.

مضمون الأحكام التشريعية

إعادة التنظيم (الفقرتان ١٨ و١٩)

١٩٧- ينبغي أن يبيّن القانون التدابير الإجرائية التي ينبغي بواسطتها إقفال إجراءات إعادة التنظيم.

التصفية (الفقرة ١٦)

١٩٨- ينبغي أن يبيّن القانون التدابير الإجرائية التي ينبغي بواسطتها إقفال إجراءات التصفية بعد القيام بالتوزيع النهائي أو اتخاذ قرار بعدم إمكان القيام بأيّ توزيع.

المرفق الأول

معاملة الدائنين المضمونين في إجراءات الإعسار

لا يتضمّن دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار فصلا مستقلا يتناول معاملة الدائنين المضمونين طوال إجراءات الإعسار، لكنه يتناول بالأحرى معاملة الدائنين المضمونين في سياق كل موضوع من المواضيع. وفيما يتعلق ببعض المسائل، يشير الدليل إشارة محددة إلى الدائنين المضمونين وكيف يمكن أن يتأثروا ببدء إجراءات الإعسار، وذلك مثلا في سياق تشكيل حوزة الإعسار وتطبيق الوقف والتمويل اللاحق للإعسار. أمّا فيما يتعلق بالمسائل الأخرى، فإنّ الدائنين المضمونين يعامَلون مثل كل الدائنين الآخرين، وذلك مثلا فيما يتعلق بمعاملة العقود وإجراءات الإبطال والعمليات الإجرائية بشأن المطالبات. وتسرد الإشارات (إلى فقرات كل من التعليق والتوصيات) الواردة أدناه أبوابا معيّنة تتعلق بالدائنين المضمونين على وجه التحديد. ولكن ينبغي قراءة الدليل بكامله للحصول على صورة كاملة عن الكيفية التي يتأثر بها الدائنون المضمونون من جراء بدء إجراءات الإعسار.

الفصل	الفقرات	التوصية
الجزء الأول– صوغ الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار وتصميم بنيته		
أولا– الأهداف الرئيسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار		
ألف–٨ الاعتراف بحقوق الدائنين الحالية وإرساء قواعد واضحة لترتيب المطالبات ذات الأولوية	١٣	٧
الجزء الثاني– الأحكام الأساسية لقانون فعّال وكفؤ بشأن الإعسار		
أولا– طلب الإجراءات وبدؤها		
جيم–٤ القانون المنطبق في إجراءات الإعسار: الاستثناءات من قانون دولة محكمة الإعسار	٨٨	٣١
ثانيا– معاملة الموجودات عند بدء إجراءات الإعسار		
ألف–٢ الموجودات المدرجة في حوزة الإعسار	٧–١٢	٣٥

الفصل			الفقرات	التوصية
	باء-٢	حماية الحوزة بتطبيق الوقف	٢٧-٢٩	
	باء-٣	نطاق انطباق الوقف	٣٠-٣٢، و٣٦-٤٠	
	باء-٥	وقت انطباق الوقف	٤٩ و٥٣	
	باء-٦	مدة انطباق الوقف	٥٦ و٥٧	
	باء-٨	حماية الدائنين المضمونين	٥٩-٦٩	٣٩ (أ) و٤٦ و٤٩-٥١
	جيم-٢	استخدام الموجودات والتصرف فيها	٧٤ و٨٣-٨٦ و٨٨ و٨٩	
	جيم-٤	معاملة العائدات النقدية	٩٢ و٩٣	٥٢ و٥٣ و٥٨ و٥٩ و٦٢
	دال-١	الحاجة إلى التمويل اللاحق لبدء الإجراءات	٩٧	
	دال-٣	اجتذاب التمويل اللاحق لبدء الإجراءات: توفير الأولوية أو الضمانة	١٠١-١٠٦	٦٥-٦٧
	واو-٣	أنواع المعاملات القابلة للإبطال	١٨٠ و١٨١	٨٨
	زاي-	حقوق المقاصة	٢٠٦	
	حاء-	العقود المالية والمعاوضة	٢١٥	١٠٣ و١٠٤
ثالثا-	المشاركون			
	جيم-٢	مدى مشاركة الدائنين في اتخاذ القرارات	٨٧	
	جيم-٥	المسائل التي تتطلب تصويتا من الدائنين	٩٨	
	جيم-٦	لجنة الدائنين	١٠٢ و١٠٣	١٢٦
	هاء-	الدائنون المضمونون	١٢١-١٢٣	
رابعا-	إعادة التنظيم			
	ألف-٣	اقتراح خطة لإعادة التنظيم	١١	
	ألف-٥	الموافقة على الخطة	٢٦ و٢٩ و٣١ و٣٤-٣٩	١٤٦-١٥٢

الفصل		الفقرات	التوصية
	ألف–٧ إلزام فئات الدائنين المعارضة	٥٤	
	ألف–٨ إقرار المحكمة للخطة	٥٨ و٦٢	
	ألف–١٤ تحويل الإجراءات إلى تصفية	٧٤	
	باء–٣ إجراءات تنفيذ اتفاق إعادة هيكلة طوعية	٨٦	
خامسا– إدارة الإجراءات			
	ألف–٢ تقديم مطالبات الدائنين	٢–٥	١٧٢ و١٧٩
	باء–١ الأولويات	٥٧ و٦٢–٦٥ و٦٧–٧١	١٨٧
	جيم–٢ مسؤولية المجموعة عن الديون الخارجية	٩١	

المرفق الثاني

قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وقرار الجمعية العامة ٥٩/٤٠

ألف- قرار اللجنة

١- اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، في جلستها ٧٩٢ المعقودة في ٢٥ حزيران/يونيه ٢٠٠٤، القرار التالي:[أ]

إن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

إذ تسلّم بما يكتسيه وجود نُظم قوية لتقنين الإعسار من أهمية لجميع البلدان،

وإذ تسلّم أيضا بأن من الواضح أن وجود نظام فعّال وكفؤ لتقنين الإعسار، كوسيلة للتشجيع على التنمية الاقتصادية والاستثمار، يخدم المصلحة العامة،

وإذ تلاحظ الإدراك المتزايد لما تكتسيه نظم إعادة التنظيم من أهمية بالغة لتحقيق انتعاش الشركات والاقتصاد، وتطوير النشاط في مجال تنظيم المشاريع، والحفاظ على فرص العمل وتوافر رأس المال المساهم،

وإذ تلاحظ أيضا أن فعالية نظم إعادة التنظيم تؤثر في توافر التمويل في سوق رأس المال، وأن التحليل المقارن لتلك النظم أصبح شائعا وأساسيا لأغراض الإقراض، مما يؤثر في البلدان كافة أيا كانت مستويات نموها الاقتصادي،

وإذ تلاحظ كذلك ما تكتسيه مسائل السياسة الاجتماعية، بما في ذلك مصالح الأطراف المعنية في منشأة مدينة معسرة، من أهمية بالنسبة لتصميم نظام يقنّن الإعسار،

وإذ تسلّم بأن حلول المشاكل الاقتصادية والقانونية والتشريعية الأساسية التي يثيرها الإعسار والتي يجري التفاوض عليها دوليا في إطار عملية تشارك فيها طائفة واسعة من الجهات المعنية سوف تكون مفيدة لكل من الدول التي ليس لها نظام فعّال وكفؤ لتقنين الإعسار والدول التي تضطلع بعملية استعراض وتحديث لنظمها الخاصة بتقنين الإعسار،

وإذ تلاحظ أن دليل الأونسيترال التشريعي بشأن قانون الإعسار (الذي أُرفق به قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود[ب] ودليل الاشتراع[ج]) سيشكّل مع دليل الأونسيترال التشريعي للمعاملات المضمونة، الذي يعده حاليا الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)، عنصرين أساسيين لإطار حديث للقانون التجاري،

وإذ تستذكر الولاية المنوطة بالفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) لإعداد بيان شامل بالأهداف الرئيسية والسمات الجوهرية لنظام متين لتقنين الإعسار والعلاقة بين الدائن والمدين، بما في ذلك إعادة الهيكلة خارج نطاق المحاكم، ودليل تشريعي يحتوي على نهوج مرنة تُتّبع في تنفيذ تلك الأهداف والسمات، بما في ذلك مناقشة النهوج البديلة الممكنة ومنافع ومضار تلك النهوج والتوصيات،

وإذ تقدّر مشاركة منظمات دولية وأخرى حكومية دولية وأخرى غير حكومية ناشطة في مجال إصلاح قانون الإعسار في صوغ الدليل التشريعي، ودعمها لذلك العمل،

وإذ تلاحظ وتقرّ تعاون الفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) والفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية) والتزامهما بإيجاد حلول متسقة للمشاكل المشتركة فيما يخص معاملة الدائنين المضمونين والمصالح الضمانية في مجال الإعسار،

وإذ تؤكد عزمها على مواصلة التنسيق والتعاون مع البنك الدولي وصندوق النقد الدولي لتيسير وضع معيار دولي موحّد في مجال قانون الإعسار،

وإذ تعرب عن تقديرها للفريق العامل الخامس (المعني بقانون الإعسار) لما قام به من عمل لصوغ مشروع دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار،

١- تعتمد دليل الأونسيترال التشريعي لقانون الإعسار الذي يتألف من النص الوارد في ورقة العمل الصادرة عن الفريق العامل الخامس (المعني بالإعسار)[د] بصيغته المعدّلة في مذكرة الأمانة المؤرخة ٣٠ نيسان/أبريل ٢٠٠٤،[هـ] مع التعديلات التي اعتمدتها اللجنة في دورتها السابعة والثلاثين،[و] وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود[ب] ودليل الاشتراع المرفق به،[ج] وتأذن للأمانة بأن تنقّح نص الدليل التشريعي وتضعه في صيغته النهائية على ضوء مداولات اللجنة؛

٢- تطلب إلى الأمين العام أن يرسل نص الدليل التشريعي إلى الحكومات وسائر الهيئات المهتمة؛

٣- توصي كافة الدول بأن تستخدم الدليل التشريعي لتقييم النجاعة الاقتصادية لنظمها الخاصة بقانون الإعسار وتأخذه بعين الاعتبار عند تنقيح تشريعاتها ذات الصلة بالإعسار أو اعتماد تشريعات من هذا القبيل، وتدعو الدول التي استعملت الدليل التشريعي إلى إبلاغ اللجنة بذلك؛

٤- توصي أيضا كافة الدول بمواصلة النظر في تنفيذ قانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود.

باء- قرار الجمعية العامة ٥٩/٤٠

٢- اعتمدت الجمعية العامة القرار التالي في ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤:

الدليل التشريعي لقانون الإعسار
الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

إن الجمعية العامة،

إذ تسلّم بما لوجود نظم قوية وفعّالة وكفؤة للإعسار من أهمية بالنسبة لجميع البلدان، كوسيلة لتشجيع التنمية الاقتصادية والاستثمار،

وإذ تلاحظ الإدراك المتزايد لما لنظم إعادة التنظيم من أهمية بالغة في انتعاش الشركات والاقتصاد، وتطوير النشاط في مجال تنظيم المشاريع، والحفاظ على فرص العمل، وتوافر التمويل في سوق رأس المال،

وإذ تلاحظ أيضا ما لمسائل السياسة الاجتماعية من أهمية بالنسبة لتصميم نظام للإعسار،

وإذ تحيط علما مع الارتياح بإتمام الدليل التشريعي لقانون الإعسار الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي واعتمدته في ٢٥ حزيران/يونيه ٢٠٠٤، في دورتها السابعة والثلاثين،[ز]

وإذ تؤمن بأن الدليل التشريعي الذي يشمل نص القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، ودليل الاشتراع الذي أوصت به الجمعية العامة في قرارها ١٥٨/٥٢ المؤرخ ١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧، يساهم كثيرا في وضع إطار قانوني متسق للإعسار وسيكون مفيدا لكل من الدول التي لا يوجد لديها نظام فعّال وكفؤ للإعسار والدول التي تقوم بإجراء عملية استعراض وتحديث لأنظمتها المتعلقة بالإعسار،

وإذ تسلم بالحاجة إلى قيام تعاون وتنسيق بين المنظمات الدولية العاملة في مجال إصلاح قانون الإعسار لكفالة تناسق ومواءمة ذلك العمل وتيسير وضع معايير دولية،

وإذ تحيط علما بأن إعداد الدليل التشريعي كان موضوع مداولات ملائمة ومشاورات مستفيضة مع الحكومات، ومع المنظمات الحكومية الدولية، والمنظمات غير الحكومية العاملة في مجال إصلاح قانون الإعسار،

١- تعرب عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لإتمامها الدليل التشريعي لقانون الإعسار واعتماده؛[ز]

٢- تطلب إلى الأمين العام أن ينشر الدليل التشريعي، وأن يبذل كل الجهود لكفالة التعريف بالدليل وإتاحته؛

٣- توصي جميع الدول بأن تولي الدليل التشريعي الاعتبار اللازم عند تقييمها للكفاءة الاقتصادية لنظمها المتعلقة بالإعسار، وعند تنقيحها أو اعتمادها لتشريع ذي صلة بالإعسار؛

٤- توصي أيضا كافة الدول بمواصلة النظر في تطبيق القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

المرفق الثالث

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود ودليل اشتراعه

المحتويات

الصفحة

الجزء الثاني- دليل لاشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود

الجزء الأول– قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود

الديباجة

الهدف من هذا القانون توفير آليات فعالة لمعالجة حالات الإعسار عبر الحدود من أجل تحقيق الأهداف التالية:

(أ) التعاون بين المحاكم والسلطات المختصة الأخرى في هذه الدولة والدول الأجنبية المعنية بحالات الإعسار عبر الحدود؛

(ب) تعزيز التيقن في المسائل القانونية المتعلقة بالتجارة والاستثمار؛

(ج) إدارة حالات الإعسار عبر الحدود إدارة منصفة وناجعة بحيث يتسنى حماية مصالح كل الدائنين وسائر الأشخاص المعنيين، بمن في ذلك المدين؛

(د) حماية قيمة أصول المدين وزيادتها إلى أقصى حد ممكن؛

(هـ) تيسير إنقاذ المؤسسات التجارية المتعثرة ماليا، مما يوفّر الحماية للاستثمار ويحافظ على فرص العمالة.

الفصل الأول– أحكام عامة

المادة ١– نطاق التطبيق

١– ينطبق هذا القانون عندما:

(أ) تلتمس محكمة أجنبية أو ممثل أجنبي المساعدة في هذه الدولة فيما يتصل بإجراء أجنبي؛ أو

(ب) تلتمس المساعدة في دولة أجنبية فيما يتصل بإجراء في هذه الدولة بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]؛ أو

(ج) يكون ثمة إجراء أجنبي وإجراء في الدولة المشترعة جاريين في آن واحد بشأن المدين ذاته بمقتضى [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]؛ أو

(د) يكون للدائنين أو لأطراف معنية أخرى في دولة أجنبية مصلحة في طلب بدء إجراء في هذه الدولة أو المشاركة فيه بمقتضى [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة].

٢- لا ينطبق هذا القانون على إجراء يتعلق [تدرج أسماء أي مؤسسات، مثل البنوك وشركات التأمين، تخضع لنظام خاص للإعسار في هذه الدولة وتود هذه الدولة استبعادها من مجال تطبيق هذا القانون].

المادة ٢- التعاريف

لأغراض هذا القانون:

(أ) "الإجراء الأجنبي" يقصد به أي إجراء قضائي أو اداري جماعي، بما في ذلك أي إجراء مؤقت، يتخذ عملا بقانون يتصل بالإعسار في دولة أجنبية وتخضع فيه أموال المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية لغرض إعادة التنظيم أو التصفية؛

(ب) "الإجراء الأجنبي الرئيسي" يقصد به أي إجراء يتم في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية؛

(ج) "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي" يقصد به أي إجراء، غير الإجراء الأجنبي الرئيسي، يتم في الدولة التي يوجد فيها مؤسسة للمدين بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (و) من هذه المادة؛

(د) "الممثل الأجنبي" يقصد به أي شخص أو هيئة، بما في ذلك الشخص أو الهيئة المعينان على أساس مؤقت، يؤذن له أو لها، في إجراء أجنبي، بإدارة تنظيم أموال المدين أو أعماله على أسس جديدة أو تصفيتها، أو التصرف كممثل للإجراء الأجنبي؛

(هـ) "المحكمة الأجنبية" يقصد بها سلطة قضائية أو سلطة أخرى مختصة بمراقبة إجراء أجنبي أو الإشراف عليه؛

(و) "المؤسسة" يقصد بها أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات.

المادة ٣- الالتزامات الدولية على هذه الدولة

عندما يتعارض هذا القانون مع التزام على هذه الدولة ناشئ عن معاهدة أو أي شكل آخر من أشكال الاتفاق تكون هي طرفا فيه مع دولة أو دول أخرى، يكون الرجحان لمقتضيات تلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق.

المادة ٤- [المحكمة أو السلطة المختصة][أ]

تقوم بالمهمتين المشار إليهما في هذا القانون فيما يتعلق بالاعتراف بالإجراءات الأجنبية والتعاون مع المحاكم الأجنبية [تحدد المحكمة أو المحاكم أو السلطة/السلطات المختصة بأداء هذه المهام في الدولة المشترعة].

المادة ٥- تخويل [تدرج صفة الشخص المعني أو الهيئة المعنية بإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية بمقتضى قانون الدولة المشترعة]
سلطة التصرف في دولة أجنبية

يخوّل [تدرج صفة الشخص المعني أو الهيئة المعنية بإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية بمقتضى قانون الدولة المشترعة] سلطة التصرف في دولة أجنبية بشأن إجراء في هذه الدولة بمقتضى [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، حسبما يسمح بذلك القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المادة ٦- الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة

ليس في هذا القانون ما يمنع المحكمة من رفض اتخاذ إجراء منصوص عليه في هذا القانون إذا كان واضحا أن ذلك الإجراء مخالف للسياسة العامة لهذه الدولة.

المادة ٧- المساعدة الإضافية بموجب قوانين أخرى

ليس في هذا القانون ما يقيد سلطة المحكمة أو [تدرج صفة الشخص المعني أو الهيئة المعنية بإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية بمقتضى قانون الدولة المشترعة] بشأن تقديم مساعدة إضافية إلى ممثل أجنبي بموجب قوانين أخرى في هذه الدولة.

المادة ٨- التفسير

يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقه، والحرص على حسن النية.

الفصل الثاني- سبل وصول الممثلين والدائنين الأجانب إلى المحاكم في هذه الدولة

المادة ٩- الحق في الوصول المباشر إلى المحاكم

يحق لممثل أجنبي أن يقدم طلبا مباشرة إلى محكمة في هذه الدولة.

المادة ١٠- الاختصاص القضائي المحدود

ان مجرد تقديم ممثل أجنبي طلبا بموجب هذا القانون إلى محكمة في هذه الدولة لا يخضع الممثل الأجنبي أو أصول المدين أو أعماله التجارية الأجنبية للاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة، لأي غرض آخر غير الطلب الذي قدمه.

المادة ١١- طلب ممثل أجنبي بدء إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

يحق لممثل أجنبي أن يطلب البدء في إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، إذا استوفيت الشروط اللازمة لبدء هذا الإجراء.

المادة ١٢- مشاركة ممثل أجنبي في إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

عند الاعتراف بإجراء أجنبي، يحق للممثل الأجنبي أن يشارك في إجراء يتخذ بصدد المدين بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة].

المادة ١٣- سبل وصول الدائنين الأجانب إلى إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

١- مع مراعاة أحكام الفقرة ٢ من هذه المادة، تكون للدائنين الأجانب فيما يتعلق ببدء إجراء ما والمشاركة فيه في هذه الدولة بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] نفس الحقوق المتاحة للدائنين في هذه الدولة.

٢- لا يؤثر الحكم الوارد في الفقرة ١ من هذه المادة في ترتيب أولوية المطالبات في إجراء ما بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، باستثناء مطالبات الدائنين الأجانب التي لا تدرج في مرتبة أدنى من [تحدد مرتبة المطالبات العامة غير التفضيلية، مع مراعاة تصنيف المطالبة الأجنبية في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير التفضيلية إذا ما كانت هناك مطالبة محلية متكافئة (مثل مطالبة توقيع عقوبة أو مطالبة سداد مؤجل) مصنفة في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير التفضيلية].[ب]

المادة ١٤- إشعار الدائنين الأجانب بإجراء بصدد الإعسار بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

١- حيثما يشترط توجيه إشعار ببدء الإجراءات في هذه الدولة بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، يوجه ذلك الإشعار أيضا إلى الدائنين المعروفين الذين ليس لهم عنوان في هذه الدولة. ويجوز للمحكمة أن تأمر باتخاذ التدابير المناسبة قصد إشعار الدائنين الذين لا تعرف عناوينهم بعد.

٢- يوجه هذا الإشعار إلى الدائنين الأجانب كل على حدة، ما لم تعتبر المحكمة أن من الأنسب، تبعا للظروف، اللجوء إلى شكل آخر من أشكال الإشعار. وليس ثمة حاجة إلى تفويض التماسي أو غيره من الشكليات المماثلة في هذه الحالة.

٣- عندما يتعين إشعار دائنين أجانب ببدء إجراء ما، فإنّ ذلك الإشعار يجب أن:

(أ) يبين مهلة زمنية معقولة لإيداع المطالبات، ويحدد المكان الذي تودع فيه هذه المطالبات؛

(ب) يبين ما إذا كان يتعين على الدائنين المضمونين إيداع مطالباتهم المضمونة؛

(ج) يتضمّن أي معلومات أخرى يتعين ادراجها في مثل هذا الإشعار الذي يوجه إلى الدائنين عملا بقانون هذه الدولة وأوامر المحكمة.

الفصل الثالث- الاعتراف بالإجراءات وسبل الانتصاف الأجنبية

المادة ١٥- طلب الاعتراف بإجراء أجنبي

١- يجوز لممثل أجنبي أن يقدم طلبا إلى المحكمة للحصول على الاعتراف بالإجراء الأجنبي الذي عين فيه الممثل الأجنبي.

٢- يكون طلب الاعتراف مشفوعا بما يلي:

(أ) صورة موثقة من القرار ببدء الإجراء الأجنبي وتعيين الممثل الأجنبي؛ أو

(ب) شهادة من المحكمة الأجنبية تثبت وجود الإجراء الأجنبي وتعيين الممثل الأجنبي؛ أو

(ج) في حال عدم وجود دليل الاثبات المشار إليه في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب)، أي اثبات آخر تقبله المحكمة لوجود الإجراء الأجنبي وتعيين الممثل الأجنبي.

٣- يكون طلب الاعتراف مشفوعا أيضا ببيان تحدد فيه جميع الإجراءات الأجنبية المتعلقة بالمدين التي يكون الممثل الأجنبي على علم بها.

٤- يجوز للمحكمة أن تطلب ترجمة الوثائق المقدمة دعما لطلب الاعتراف إلى لغة رسمية لهذه الدولة.

المادة ١٦- القرائن الافتراضية بشأن الاعتراف

١- إذا كان القرار أو الشهادة المشار إليهما في الفقرة ٢ من المادة ١٥ يبينان أن الإجراء الأجنبي هو إجراء بحسب التعريف الوارد في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ وأن الممثل الأجنبي هو شخص أو هيئة طبقا للمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢، فإنّه يحق للمحكمة أن تفترض ذلك.

٢- يحق للمحكمة أن تفترض أن الوثائق المقدمة دعما لطلب الاعتراف وثائق صحيحة سواء تم التصديق القانوني عليها أم لم يتم.

٣- يفترض أن المقر الرئيسي المسجل للمدين، أو محل اقامته المعتاد في حالة المدين الفرد، هو مركز المصالح الرئيسية للمدين، في حال عدم وجود دليل ينفي ذلك.

المادة ١٧- قرار الاعتراف بإجراء أجنبي

١- مع مراعاة أحكام المادة ٦ يعترف بالإجراء الأجنبي:

(أ) إذا كان الإجراء الأجنبي إجراء بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢؛

(ب) وإذا كان الممثل الأجنبي الذي تقدم بطلب الاعتراف شخصا أو هيئة طبقا للمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢؛

(ج) وإذا كان طلب الاعتراف يفي بالاشتراطات الواردة في الفقرة ٢ من المادة ١٥؛

(د) وإذا كان طلب الاعتراف قد قدّم إلى المحكمة المشار إليها في المادة ٤؛

٢- يعترف بالإجراء الأجنبي:

(أ) بوصفه إجراء أجنبيا رئيسيا إذا اتخذ في الدولة التي يوجد بها مركز مصالح المدين الرئيسية؛ أو

(ب) بوصفه إجراء أجنبيا غير رئيسي، إذا كان للمدين مؤسسة بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (و) من المادة ٢، في الدولة الأجنبية.

٣- يبت في طلب الاعتراف بإجراء أجنبي في أقرب وقت ممكن.

٤- لا تحول أحكام المواد ١٥ و١٦ و١٧ و١٨ دون تعديل الاعتراف أو انهائه، إذا ثبت أن مبررات منح الاعتراف غير متوافرة كليا أو جزئيا، أو لم تعد قائمة.

المادة ١٨- المعلومات اللاحقة

ابتداء من الوقت الذي يقدم فيه طلب للاعتراف بإجراء أجنبي، يبلّغ الممثل الأجنبي المحكمة على الفور بما يلي:

(أ) أي تغيير ملموس في وضع الإجراء الأجنبي المعترف به أو الوضع المتعلق بتعيين الممثل الأجنبي؛

(ب) أي إجراء أجنبي آخر يتعلق بالمدين ذاته، ويحاط به الممثل الأجنبي علما.

المادة ١٩- الانتصاف الذي قد يُمنح إثر تقديم
طلب الاعتراف بإجراء أجنبي

١- عند إيداع طلب للاعتراف، وإلى حين البت في هذا الطلب، يجوز للمحكمة بناء على طلب الممثل الأجنبي، وعندما تكون ثمة حاجة ماسة للانتصاف من أجل حماية أصول المدين أو مصالح الدائنين، أن تمنح الانتصاف بصفة مؤقتة، ويشمل ذلك ما يلي:

(أ) وقف التنفيذ على أصول المدين؛

(ب) اسناد مهمة إدارة أو تصريف كل أو بعض أصول المدين الكائنة في هذه الدولة إلى الممثل الأجنبي أو إلى شخص آخر تعينه المحكمة، وذلك من أجل حماية وصون قيمة هذه الأصول التي تكون بحكم طبيعتها أو الظروف المحيطة بها، قابلة للتلف أو عرضة لتدني قيمتها، أو تتهددها مخاطر أخرى؛

(ج) أي تدبير من تدابير الانتصاف المذكورة في الفقرة ١ (ج) و(د) و(ز) من المادة ٢١.

٢- [تدرج أحكام تتعلق بالإشعار (أو يشار إلى الأحكام السارية في الدولة المشترعة.]

٣- ما لم يمدد مفعول الانتصاف بمقتضى الفقرة ١ (و) من المادة ٢١، فإنّ الانتصاف الممنوح بمقتضى هذه المادة ينتهي عند البت في طلب الاعتراف.

٤- يجوز للمحكمة أن ترفض منح الانتصاف بمقتضى هذه المادة إذا كان هذا الانتصاف يعرقل إدارة إجراء أجنبي رئيسي.

المادة ٢٠- آثار الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي

١- لدى الاعتراف بإجراء هو إجراء أجنبي رئيسي:

(أ) يوقف البدء أو الاستمرار في الدعاوى أو الإجراءات المنفردة التي تخص أصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه؛

(ب) يوقف التنفيذ على أصول المدين؛

(ج) يعلق الحق في نقل أي من أصول المدين أو إثقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر.

٢- يخضع نطاق، وتعديل أو إنهاء، التوقيف والتعليق المشار إليهما في الفقرة ١ من هذه المادة، لأحكام [يشار إلى أحكام القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة، والتي تنطبق على الاستثناءات أو القيود أو التعديلات أو الإنهاء فيما يتعلق بالوقف والتعليق المشار إليهما في الفقرة ١ من هذه المادة].

٣- لا تمس الفقرة ١ (أ) من هذه المادة بالحق في طلب البدء بدعاوى أو إجراءات منفردة، بقدر ما يكون ذلك ضروريا للحفاظ على مطالبة بدين تجاه المدين.

٤- لا تمس الفقرة ١ من هذه المادة بالحق في طلب البدء بإجراء بموجب [تذكر القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] أو الحق في إيداع دعاوى مطالبة بالديون في مثل هذا الإجراء.

المادة ٢١- الانتصاف الذي يجوز منحه بعد الاعتراف بإجراء أجنبي

١- بمجرد الاعتراف بإجراء، سواء أكان رئيسيا أم غير رئيسي، يجوز للمحكمة، حيث تقتضي الضرورة حماية أصول المدين أو مصالح الدائنين، وبناء على طلب الممثل الأجنبي، أن تمنح أي انتصاف مناسب، بما في ذلك:

(أ) وقف البدء أو الاستمرار في الدعاوى أو الإجراءات المنفردة المتعلقة بأصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه، ما لم تكن قد أوقفت بموجب الفقرة (١) (أ) من المادة ٢٠؛

(ب) وقف التنفيذ على أصول المدين، ما لم يكن قد أوقف بموجب الفقرة (١) (ب) من المادة ٢٠؛

(ج) تعليق الحق في نقل أي من أصول المدين أو إثقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر، ما لم يكن ذلك الحق قد عُلِّقَ بموجب الفقرة ١ (ج) من المادة ٢٠؛

(د) اتخاذ التدابير اللازمة لاستجواب الشهود أو جمع القرائن أو تسليم المعلومات المتعلقة بأصول المدين أو شؤونه أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه؛

(هـ) اسناد مهمة إدارة أو تصريف كل أو بعض أصول المدين الكائنة في هذه الدولة إلى الممثل الأجنبي أو إلى أي شخص آخر تعينه المحكمة؛

(و) تمديد مفعول الانتصاف الممنوح بموجب الفقرة (١) من المادة ١٩؛

(ز) منح أي انتصاف اضافي قد يكون متاحا لـ [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية التصفية أو إعادة التنظيم بموجب قانون الدولة المشترعة] بموجب قوانين هذه الدولة.

٢- بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي أو غير رئيسي، يجوز للمحكمة أن تعهد إلى الممثل الأجنبي بناء على طلبه أو إلى أي شخص آخر تعينه المحكمة، بتوزيع كل أو بعض أصول المدين الكائنة في هذه الدولة، بشرط أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن مصالح الدائنين في هذه الدولة تحظى بالحماية الكافية.

٣- عند منح الانتصاف بموجب هذه المادة إلى ممثل إجراء أجنبي غير رئيسي، لا بد أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن الانتصاف يتعلق بأصول تدار، بموجب قانون هذه الدولة، ضمن الإجراء الأجنبي غير الرئيسي، أو أنه يتصل بمعلومات مطلوبة في هذا الإجراء الأجنبي غير الرئيسي.

المادة ٢٢- حماية الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين

١- لدى منح أو رفض الانتصاف بموجب المادة ١٩ أو ٢١، أو لدى تعديل أو إنهاء الانتصاف بموجب الفقرة ٣ من هذه المادة، يجب على المحكمة أن تتأكد من أن مصالح الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين، بمن في ذلك المدين، تحظى بحماية كافية.

٢- يجوز للمحكمة أن تخضع الانتصاف الممنوح بموجب المادة ١٩ أو ٢١، لما تراه مناسبا من شروط.

٣- يجوز للمحكمة، بناء على طلب الممثل الأجنبي أو شخص تضرّر من الانتصاف الممنوح بموجب المادة ١٩ أو ٢١، أو بناء على مبادرة منها، أن تعدل أو تنهي هذا الانتصاف.

المادة ٢٣- الدعاوى الرامية إلى تفادي الأفعال الضارة بالدائنين

١- عند الاعتراف بإجراء أجنبي، يحق للممثل الأجنبي بحكم وضعه أن يقيم [يشار إلى أنواع الدعاوى الرامية إلى اجتناب أو إبطال الأفعال الضارة بالدائنين، المتاحة في هذه الدولة لشخص أو هيئة تناط بها أو به إدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية].

٢- عندما يكون الإجراء الأجنبي إجراء أجنبيا غير رئيسي، لا بد أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن الدعوى تتعلق بأصول تدار، بموجب قانون هذه الدولة، ضمن الإجراء الأجنبي غير الرئيسي.

المادة ٢٤- تدخّل الممثل الأجنبي في الإجراءات في هذه الدولة

بمجرد الاعتراف بإجراء أجنبي، يجوز للممثل الأجنبي أن يتدخل في أي إجراءات يكون المدين طرفا فيها، شريطة استيفاء الشروط القانونية لهذه الدولة.

الفصل الرابع- التعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب

المادة ٢٥- التعاون والاتصال المباشر بين محكمة هذه الدولة
والمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب

١- في المسائل المشار إليها في المادة ١، تتعاون المحكمة إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، إما مباشرة أو عن طريق [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة].

٢- يحق للمحكمة الاتصال مباشرة بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب أو طلب المعلومات أو المساعدة المباشرة منهما.

المادة ٢٦- التعاون والاتصال المباشر بين [تدرج صفة الشخص أو الهيئة
التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدول المشترعة]
وبين المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب

١- في المسائل المشار إليها في المادة ١، يتعاون [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة] في ممارسة وظائفه وتحت إشراف المحكمة إلى أقصى حد ممكن، مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب.

٢- يحق لـ [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة]، في ممارسة وظائفه وتحت إشراف المحكمة، الاتصال المباشر بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب.

المادة ٢٧- أشكال التعاون

يجوز إقامة التعاون المشار إليه في المادتين ٢٥ و٢٦ بأي وسيلة مناسبة، بما في ذلك:

(أ) تعيين شخص أو هيئة للتصرف بناء على توجيهات المحكمة؛

(ب) إبلاغ المعلومات بأي وسيلة تعتبرها المحكمة مناسبة؛

(ج) تنسيق إدارة أصول المدين وشؤونه والإشراف عليها؛

(د) موافقة المحاكم على الاتفاقات المتعلقة بتنسيق الإجراءات أو قيامها بتنفيذها؛

(هـ) التنسيق بين الإجراءات المتزامنة المتعلقة بالمدين ذاته؛

(و) [يجوز للدولة المشترعة أن تضيف قائمة بأشكال أو أمثلة إضافية للتعاون].

الفصل الخامس- الإجراءات المتزامنة

المادة ٢٨- بدء إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي

بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي، لا يجوز بدء إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] إلا إذا كانت للمدين أصول في هذه الدولة؛ وتقتصر آثار هذا الإجراء على أصول المدين الكائنة في هذه الدولة، ويجوز أيضا، بالقدر الضروري لتنفيذ التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧، أن يشمل ذلك أصول المدين الأخرى التي ينبغي ادارتها في نطاق هذا الإجراء بموجب قانون هذه الدولة.

المادة ٢٩- التنسيق بين إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] وإجراء أجنبي

عندما يكون هناك تزامن بين إجراء أجنبي وإجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] بخصوص المدين ذاته، تسعى المحكمة لتحقيق التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧، وفي هذه الحالة ينطبق ما يلي:

(أ) عندما يتخذ الإجراء في هذه الدولة في الوقت الذي يودع فيه طلب للاعتراف بالإجراء الأجنبي،

'١' فإنّ أي انتصاف يمنح بموجب المادة ١٩ و٢١ لا بد أن يكون متسقا مع الإجراء في هذه الدولة؛

'٢' إذا اعترف بالإجراء الأجنبي في هذه الدولة على أنه إجراء أجنبي رئيسي، لا تنطبق أحكام المادة ٢٠؛

(ب) عندما يبدأ الإجراء في هذه الدولة بعد الاعتراف بالإجراء الأجنبي أو بعد إيداع طلب للاعتراف به،

'١' تعيد المحكمة النظر في أي انتصاف سار بموجب المادة ١٩ أو ٢١، ويحق لها أن تعدله أو تنهيه إذا ثبت لديها أنه لا يتسق مع الإجراء في هذه الدولة؛

'٢' وإذا كان الإجراء الأجنبي إجراء أجنبيا رئيسيا، تعدل المحكمة أو تنهي بموجب الفقرة ١ من المادة ٢٠، الوقف والتعليق المشار إليهما في الفقرة ٢ من المادة ٢٠، إذا ثبت أنهما غير متسقين مع الإجراء في هذه الدولة؛

(ج) عندما تقرّر المحكمة منح انتصاف لممثل إجراء أجنبي غير رئيسي أو تمديد هذا الانتصاف أو تعديله، فإنّ عليها أن تتأكد من أن الانتصاف يتعلق بأصول ينبغي ادارتها، طبقا لقانون هذه الدولة، في إطار الإجراء الأجنبي غير الرئيسي، أو أنه يخص المعلومات المطلوبة في هذا الإجراء.

المادة ٣٠- التنسيق بين أكثر من إجراء أجنبي واحد

في المسائل المشار إليها في المادة ١، بخصوص وجود أكثر من إجراء أجنبي واحد بشأن المدين ذاته، تسعى المحكمة لتحقيق التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧، وفي هذه الحالة ينطبق ما يلي:

(أ) أي انتصاف يمنح بموجب المادة ١٩ أو ٢١ لممثل إجراء أجنبي غير رئيسي بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي، لا بد أن يكون متسقا مع الإجراء الأجنبي الرئيسي؛

(ب) إذا اعترف بإجراء أجنبي رئيسي بعد طلب الاعتراف بإجراء أجنبي غير رئيسي أو بعد إيداع طلب للاعتراف به، تعيد المحكمة النظر في أي انتصاف سار بموجب المادة ١٩ أو ٢١ ، ويحق لها تعديل أو إنهاء هذا الانتصاف إذا ثبت لديها أنه لا يتسق مع الإجراء الأجنبي الرئيسي؛

(ج) إذا اعترف بإجراء أجنبي غير رئيسي آخر، بعد الاعتراف بإجراء أجنبي غير رئيسي، فإنّ للمحكمة أن تمنح الانتصاف أو تعدله أو تنهيه من أجل تيسير التنسيق بين الإجراءات.

المادة ٣١- افتراض الإعسار استنادا إلى الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي

لأغراض بدء إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدول المشترعة]، يعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي دليلا على أن المدين معسر، إذا لم يوجد دليل ينفي ذلك.

المادة ٣٢- قاعدة دفع المبالغ في إطار الإجراءات المتزامنة

دون مساس بالمطالبات المكفولة بضمانات أو الحقوق العينية، لا يجوز للدائن الذي تلقى جزءا من المبلغ فيما يتعلق بمطالبة له في إجراء اتخذ طبقا لقانون يتعلق بالإعسار في دولة أجنبية، أن يتلقى مبلغا يدفع عن نفس المطالبة في إجراء يتخذ بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] فيما يتعلق بالمدين ذاته، طالما كان المبلغ المدفوع للدائنين الآخرين من نفس الرتبة أقل نسبيا من المبلغ الذي قد تلقاه الدائن بالفعل.

الجزء الثاني– دليل لاشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود

أولا– الغرض من القانون النموذجي ومنشؤه

ألف– الغرض من القانون النموذجي

١– أعد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، الذي اعتمد في عام ١٩٩٧، بقصد مساعدة الدول على تزويد قوانينها بشأن الإعسار بإطار حديث ومتسق ومنصف لمعالجة حالات الإعسار عبر الحدود بمزيد من الفعالية. وهذه تشمل الحالات التي يكون فيها لدى المدين المعسر أصول في أكثر من دولة واحدة، أو التي يكون فيها بعض دائني المدين غير منتمين إلى الدولة التي تتخذ فيها إجراءات الإعسار.

٢– ويجسد القانون النموذجي ممارسات معينة متبعة في شؤون الإعسار عبر الحدود، تتميز بها نظم الإعسار الحديثة الكفؤة. ومن ثم فإنّ الدول التي تشترع القانون النموذجي (ويشار إليها فيما يلي باسم "الدول المشترعة") ستدخل إضافات وتحسينات مفيدة في أنظمة الإعسار الوطنية، تستهدف حل المشاكل التي تنشأ في حالات الإعسار عبر الحدود. ولن تقتصر فائدة القانون النموذجي على الاختصاصات القضائية التي يتعين عليها حاليا أن تعالج عددا كبيرا من قضايا الإعسار عبر الحدود، بل ستعود تلك الفائدة أيضا على الاختصاصات القضائية التي ترغب في أن تكون على أهبة الاستعداد لمواجهة الاحتمالات المتزايدة لنشوء قضايا الإعسار عبر الحدود.

٣– والقانون النموذجي يراعي الفوارق بين القوانين الإجرائية الوطنية ولا يسعى إلى توحيد موضوعي لقوانين الإعسار؛ بل هو يقدم حلولا تساعد بعدة طرق متواضعة برغم أهميتها، ومنها:

(أ) توفير السبل للشخص المعني بإدارة إجراء إعسار أجنبي ("الممثل الأجنبي") للوصول إلى محاكم الدولة المشترعة، ومن ثم السماح للممثل الأجنبي بالتماس "مهلة" مؤقتة، وإتاحة المجال للمحاكم في الدولة المشترعة لكي تقرر ما هو مطلوب من تنسيق فيما بين

الاختصاصات القضائية أو من سبل الانتصاف الأخرى لتصريف شؤون الإعسار على النحو الأمثل؛

(ب) تحديد الوقت الذي ينبغي فيه "الاعتراف" بإجراء إعسار أجنبي والتبعات التي يمكن أن تترتب على هذا الاعتراف؛

(ج) توفير نظام شفاف بخصوص حق الدائنين الأجانب في أن يبدأوا إجراء إعسار في الدولة المشترعة أو في أن يشاركوا في مثل هذا الإجراء؛

(د) إتاحة المجال للمحاكم في الدولة المشترعة للتعاون بمزيد من الفعالية مع المحاكم الأجنبية ومع الممثلين الأجانب المعنيين بشأن أو آخر من شؤون إجراء الإعسار؛

(هـ) السماح للمحاكم في الدولة المشترعة وللأشخاص المعنيين بإدارة إجراءات الإعسار في الدولة المشترعة بالتماس المساعدة من الخارج؛

(و) النص على الاختصاص القضائي للمحاكم وإنشاء قواعد للتنسيق في الحالات التي يتزامن فيها إجراء إعسار في الدولة المشترعة مع إجراء إعسار في دولة أجنبية؛

(ز) إقرار قواعد بشأن التنسيق بين سبل الانتصاف الممنوحة في الدولة المشترعة لصالح اثنين أو أكثر من إجراءات الإعسار التي قد تجري في دول أجنبية بخصوص المدين نفسه.

باء- الأعمال التحضيرية والاعتماد

٤- لقد استهلت هذا المشروع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بالتعاون الوثيق مع اتحاد إنسول.[ج] واستفاد المشروع من مشورة خبراء إنسول أثناء جميع مراحل الأعمال التحضيرية. وعلاوة على ذلك، تم تلقي المساعدة الاستشارية أثناء صياغة القانون من اللجنة ياء "Committee J" (الإعسار) التابعة للقسم المعني بقانون الأعمال التجارية في الرابطة الدولية لنقابات المحامين (IBA).

٥- وقبل اتخاذ لجنة الأونسيترال قرارا بالاضطلاع بأعمال بشأن الإعسار عبر الحدود، عقدت اللجنة واتحاد إنسول ملتقيين دوليين للممارسين القانونيين المعنيين بشؤون الإعسار والقضاة والمسؤولين الحكوميين وممثلي قطاعات مهتمة أخرى[د] وكان الاقتراح الناشىء عن هذين الملتقيين أنه ينبغي أن يقتصر العمل الذي تضطلع به الأونسيترال على الهدف المحدود

والمفيد معا في تيسير التعاون القضائي وإتاحة سبل الوصول إلى المحاكم للأجانب المعنيين بإدارة شؤون الإعسار والاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية.

٦- وعندما قررت الأونسيترال في عام ١٩٩٥ اعداد صك قانوني يتعلق بالإعسار عبر الحدود، عهدت بمهمة القيام بهذا العمل إلى الفريق العامل المعني بقانون الإعسار، وهو إحدى الهيئات الفرعية الثلاث التابعة للأونسيترال.[هـ] وقد خصص الفريق العامل أربع دورات كل منها لمدة أسبوعين للعمل في هذا المشروع.[و]

٧- وفي آذار/مارس ١٩٩٧، عقد اجتماع دولي آخر للممارسين القانونيين بغية مناقشة مشروع النص بصيغته التي أعدها الفريق العامل. وقد ارتأى المشاركون في الاجتماع (وكان معظمهم من القضاة والمسؤولين الاداريين القضائيين والمسؤولين الحكوميين) بصفة عامة أن القانون النموذجي سيحقق عند اشتراعه تحسنا هاما في معالجة قضايا الإعسار عبر الحدود.[ز]

٨- ثم أجريت المفاوضات النهائية بشأن مشروع النص أثناء الدورة الثلاثين للأونسيترال، التي عقدت في فيينا من ١٢ إلى ٣٠ أيار/مايو ١٩٩٧، واعتمدت الأونسيترال القانون النموذجي بتوافق الآراء في ٣٠ أيار/مايو ١٩٩٧.[ح] وقد شارك في مداولات اللجنة والفريق العامل، بالإضافة إلى الـ ٣٦ دولة عضوا في اللجنة (الأونسيترال)، ممثلو ٤٠ دولة بصفة مراقب و١٣ منظمة دولية. وبعد ذلك، اعتمدت الجمعية العامة القرار ١٥٨/٥٢ المؤرخ ١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧ (انظر التذييل)، الذي أعربت فيه عن تقديرها للأونسيترال لانتهائها من وضع القانون النموذجي واعتمادها إياه.

ثانيا- الغرض من دليل الاشتراع

٩- ارتأت الأونسيترال أن القانون النموذجي من شأنه أن يكون أداة أكثر فعالية للمشرعين إذا كان مشفوعا بمعلومات خلفية وإيضاحية؛ وفي حين أن تلك المعلومات سوف تكون موجهة في المقام الأول إلى الفروع التنفيذية للحكومات وإلى المشرعين الذين يقومون بإعداد التنقيحات التشريعية اللازمة، فإنّها سوف تقدم أيضا نظرات نافذة إلى غيرهم من مستعملي نص القانون، كالقضاة وممارسي القانون والجامعيين. كما أن هذه المعلومات يمكن أن تساعد الدول على النظر في أي الأحكام ينبغي تغييرها، ان اقتضت الضرورة، لكي تتلاءم مع الظروف الوطنية الخاصة.

١٠- وقد أعدت الأمانة دليل الاشتراع هذا امتثالا لطلب الأونسيترال الصادر عند اختتام دورتها الثلاثين في عام ١٩٩٧. وهو يستند إلى المداولات التي أجرتها اللجنة والمقررات التي اتخذتها في تلك الدورة،(ط) التي اعتمد فيها القانون النموذجي، كما يستند إلى مداولات الفريق العامل المعني بقانون الإعسار، الذي قام بالأعمال التحضيرية.

ثالثا- القانون النموذجي كوسيلة للتوفيق بين القوانين

١١- القانون النموذجي هو نص تشريعي توصى الدول بدمجه في قوانينها الوطنية. وخلافا للاتفاقية الدولية، لا يتطلب القانون النموذجي من الدولة التي تشترعه إشعار الأمم المتحدة أو الدول الأخرى التي قد تكون اشترعته هي أيضا.

١٢- وقد تلجأ الدولة عند دمج نص القانون النموذجي في نظامها القانوني إلى تعديل أو استبعاد بعض أحكامه. أما في حالة الاتفاقية، فإنّ إمكانية لجوء الدول الأطراف إلى إدخال تغييرات على النص الموحد (يشار إليها عادة باسم "تحفظات") تكون أضيق من ذلك بكثير؛ ففي بعض اتفاقيات القانون التجاري خصوصا، يعمد عادة إما إلى حظر التحفظات كليا أو إلى السماح بتحفظات معينة فقط. والمرونة المتأصلة في أي قانون نموذجي مرغوب فيها بوجه خاص في تلك الحالات التي يحتمل فيها أن ترغب الدولة في إجراء تعديلات مختلفة على النص الموحد قبل أن تكون على استعداد لاشتراعه باعتباره قانونا وطنيا. وقد يكون بعض التعديلات متوقعا ولا سيما عندما يكون النص الموحد وثيق الصلة بالنظام القضائي والنظام الإجرائي الوطنيين (وهو ما ينطبق على قانون الأونسيترال النموذجي الخاص بالإعسار عبر الحدود). بيد أن هذا يعني أيضا أن درجة التوفيق التي تحقق من خلال قانون نموذجي ودرجة التيقن من هذا التوفيق، يحتمل أن تكون أدنى في حالة القانون النموذجي منها في حالة الاتفاقية. لذلك فإنّه بغية تحقيق درجة مرضية من التوافق واليقين، توصى الدول بالاقتصار على أقل قدر ممكن من التغييرات لدى دمج قانون الأونسيترال النموذجي في نظمها القانونية.

رابعا- السمات الرئيسية في القانون النموذجي

ألف- الخلفية

١٣- إن تزايد حالات الإعسار عبر الحدود يعكس استمرار توسع التجارة والاستثمار على الصعيد العالمي. بيد أن قوانين الإعسار الوطنية لم تستطع بصفة عامة مسايرة هذا الاتجاه، وكثيرا ما تكون مقصّرة في معالجة القضايا ذات الطابع عبر الحدودي. وكثيرا ما يؤدي ذلك إلى اتباع نهوج قانونية غير ملائمة وغير متجانسة، مما يعرقل سبيل إنقاذ الأعمال التجارية التي تواجه صعوبات مالية، ولا يفضي إلى إدارة حالات الإعسار عبر الحدود بإنصاف وكفاءة، ويحول دون حماية أصول المدين المعسر من التبدد، ويمنع من زيادة قيمة تلك الأصول إلى أقصى حد ممكن. وعلاوة على ذلك فإنّ انعدام إمكانية التنبؤ في معالجة قضايا الإعسار عبر الحدود يعوق تدفق رؤوس الأموال ويثبط الرغبة في الاستثمار عبر الحدود.

١٤- ومن المشاكل الآخذة في التزايد، من حيث التواتر والحجم معا، الاحتيال الذي يلجأ إليه المدينون المعسرون، وخصوصا بإخفاء الأصول أو بتحويلها إلى نطاق اختصاصات قضائية أجنبية. كما ان ترابط العالم الحديث يجعل ذلك التحايل أسهل تصورا وتنفيذا. وقد صممت آليات التعاون عبر الحدود التي ينشئها القانون النموذجي لمجابهة مثل ذلك الاحتيال الدولي.

١٥- وليس هنالك سوى عدد محدود من الدول التي لديها إطار تشريعي لمعالجة قضايا الإعسار عبر الحدود يصلح لتلبية احتياجات التجارة والاستثمار الدوليين. وبالنظر إلى عدم وجود إطار تشريعي أو تعاهدي محدد لمعالجة قضايا الإعسار عبر الحدود، تستخدم تقنيات ومفاهيم مختلفة منها التالية: تطبيق المحاكم مبدأ المجاملة القضائية في نطاق الاختصاصات القضائية التي تتبع القانون العام؛ وإصدار أوامر إلغاء الحظر لأغراض متكافئة في الاختصاصات القضائية التي تتبع القانون المدني؛ وانفاذ الأوامر الأجنبية المتعلقة بالإعسار اعتمادا على التشريعات الخاصة بانفاذ الأحكام القضائية الأجنبية؛ وكذلك اتباع أساليب مثل رسائل التفويض الالتماسي عند طلب المساعدة القضائية.

١٦- ويلاحظ أن النهوج التي تستند حصرا إلى مبدأ المجاملة القضائية أو إلغاء الحظر لا تتيح نفس درجة التنبؤ والعوَل التي يمكن أن تتيحها تشريعات محددة، على غرار ما هو وارد في القانون النموذجي بخصوص التعاون القضائي، والاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية، والسبل المتاحة لوصول الممثلين الأجانب إلى المحاكم. من ذلك مثلا أنه في نظام قانوني معين،

قد تقتصر التشريعات العامة بشأن الاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية، بما في ذلك إلغاء الحظر، على انفاذ أحكام قضائية محددة خاصة بمبالغ مالية أو أوامر زجرية في نزاعات بين طرفين، مستبعدة بذلك القرارات الخاصة باستهلال إجراءات قضايا إعسار جماعية. وعلاوة على ذلك، قد لا يدرج الاعتراف بإجراءات الإعسار الأجنبية في عداد الاعتراف بحكم قضائي أجنبي، وذلك مثلا إذا اعتبر الأمر الأجنبي الخاص بالافلاس مجرد إعلان عن وضع المدين، أو إذا لم يعتبر الأمر نهائيا.

١٧- وبقدر ما يكون هناك افتقار إلى الاتصال والتنسيق فيما بين المحاكم والمسؤولين الاداريين من الاختصاصات القضائية المعنية، تزداد احتمالات تعرض الأصول المالية للتبديد أو الإخفاء بواسطة الاحتيال، وربما تصفى دون اكتراث لما قد يكون هناك من حلول أكثر جدوى. ونتيجة لذلك، لا يقتصر الأمر على الحد من قدرة الدائنين على تحصيل المبالغ، بل تقلص أيضا إمكانية إنقاذ الشركات السليمة ماليا وانقاذ الوظائف معها. وعلى العكس من ذلك، فإنّ تضمين التشريعات الوطنية آليات لإدارة حالات الإعسار عبر الحدود على نحو منسق يمكن من اعتماد حلول معقولة ومجدية تخدم أفضل مصالح الدائنين والمدينين معا؛ وبناء على ذلك فإنّ وجود تلك الآليات في إطار قانون دولة ما يعتبر مفيدا للاستثمار والتجارة الأجنبيين في تلك الدولة.

١٨- ويضع القانون النموذجي في الحسبان ما آلت إليه جهود دولية أخرى تُذكر منها لائحة المجلس الأوروبي رقم ١٣٤٦/٢٠٠٠ المؤرخة ٢٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ بشأن إجراءات الإعسار ("لائحة المجلس الأوروبي")، والاتفاقية الأوروبية بشأن جوانب دولية معينة من حالة الافلاس لسنة ١٩٩٠،[ي] ومعاهدتا مونتيفيديو للقانون التجاري الدولي لسنتي ١٨٨٩ و١٩٤٠، والاتفاقية المتعلقة بالافلاس بين دول شمالي أوروبا لسنة ١٩٣٣، وكذلك اتفاقية القانون الدولي الخاص ("مدونة بوستامانتة") لسنة ١٩٢٨.[ك] وتشمل المقترحات المقدمة من المنظمات غير الحكومية والتي وضعت في الاعتبار القانون النموذجي للتعاون في قضايا الإعسار على الصعيد الدولي، والميثاق الخاص بالإعسار عبر الحدود، اللذين صاغتهما اللجنة ياء التابعة لقسم قانون الأعمال التجارية التابع للرابطة الدولية لنقابات المحامين.

١٩- وتنشىء لائحة المجلس الأوروبي داخل الاتحاد الأوروبي نظاما لإدارة شؤون الإعسار عبر الحدود بخصوص الحالات التي يكون فيها مركز مصالح المدين الرئيسية قائما في دولة عضو في الاتحاد الأوروبي. ولا تتناول اللائحة شؤون الإعسار عبر الحدود التي تتجاوز نطاق دولة عضو في الاتحاد الأوروبي فتمتد إلى دولة غير عضو فيه. ومن ثم فإنّ القانون النموذجي

يتيح للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي نظاما تكميليا ذا قيمة عملية كبيرة، إذ يعالج حالات كثيرة للتعاون بشأن الإعسار عبر الحدود لا تشملها لائحة المجلس الأوروبي.

باء- قانون نموذجي يتوافق مع القوانين الوطنية الموجودة

٢٠- القصد من القانون النموذجي، بنطاقه المقصور على بعض الجوانب الإجرائية في حالات الإعسار عبر الحدود، هو أن يؤخذ به باعتباره جزءا لا يتجزأ من قانون الإعسار القائم في الدولة المشترعة. ويتجلى ذلك بطرق عدة، منها:

(أ) أن مقدار المصطلحات القانونية الجديدة التي يمكن أن يضيفها القانون النموذجي إلى القانون القائم محدود. فالمصطلحات القانونية الجديدة خاصة بالسياق عبر الحدودي، مثل "الإجراء الأجنبي" و "الممثل الأجنبي". ومن غير المرجح أن تتضارب المصطلحات المستخدمة في القانون النموذجي مع المصطلحات المستخدمة في القانون القائم. وعلاوة على ذلك فإنّه حيث يحتمل أن يتباين التعبير المستخدم من بلد إلى بلد يعمد القانون النموذجي، عوضا عن استخدام مصطلح معين، إلى بيان معنى المصطلح بأحرف مائلة داخل أقواس معقوفة، ودعوة القائمين بصياغة نصوص القانون الوطني إلى استخدام المصطلح المناسب؛

(ب) أن القانون النموذجي يتيح للدول المشترعة إمكانية المواءمة بين الانتصاف الناشئ عن الاعتراف بإجراء أجنبي والانتصاف المتاح في إجراء مشابه في القانون الوطني؛

(ج) أن الاعتراف بإجراءات أجنبية لا يمنع الدائنين المحليين من مباشرة أو متابعة إجراءات إعسار جماعية في الدولة المشترعة (المادة ٢٨)؛

(د) أن الانتصاف المتاح لممثل أجنبي يكون رهنا بحماية الدائنين المحليين وغيرهم من الأشخاص المعنيين، بمن فيهم المدين، من أضرار لا داعي لها؛ كما يكون الانتصاف رهنا بالامتثال للمقتضيات الإجرائية في الدولة المشترعة، وكذلك اشتراطات الإشعار الواجبة التطبيق (المادة ٢٢ والفقرة ٢ من المادة ١٩)؛

(هـ) أن القانون النموذجي يستبقي إمكانية استبعاد أو تقييد أي تصرف يكون لصالح الإجراء الأجنبي، بما في ذلك الاعتراف بالإجراء، على أساس مراعاة الاعتبارات العليا للسياسة العامة، وان كان من المتوقع أن يكون الاستثناء بمقتضى السياسة العامة نادرا (المادة ٦)؛

(و) أن القانون النموذجي مصوغ في شكل تشريع نموذجي يتسم بالمرونة ويراعي النهوج المختلفة المتبعة في قوانين الإعسار الوطنية وكذلك الميول المتباينة لدى الدول في التعاون والتنسيق في شؤون الإعسار (المواد ٢٥-٢٧).

٢١- وينبغي أن تستغل المرونة في مواءمة القانون النموذجي للنظام القانوني في الدولة المشترعة مع ايلاء الاعتبار الواجب لضرورة الحفاظ على السمة الموحدة في تفسيره، وكذلك للمنافع العائدة على الدولة المشترعة من اعتماد ممارسات دولية حديثة ومقبولة بصفة عامة في شؤون الإعسار. ومن ثم فإنّ من المستصوب الابقاء على حالات الحيد عن النص الموحد عند أدنى حد. ومن مزايا هذا التوحيد أنه ييسر حصول الدولة المشترعة على تعاون دول أخرى في شؤون الإعسار.

جيم- نطاق تطبيق القانون النموذجي

٢٢- يمكن تطبيق القانون النموذجي في عدد من حالات الإعسار عبر الحدود. وتشمل: (أ) حالة تقديم طلب إلى محكمة محلية للاعتراف بإجراء أجنبي؛ و(ب) حالة تقديم طلب إلى محكمة أجنبية من محكمة أو من مسؤول اداري عن الإعسار في الدولة المشترعة للاعتراف بإجراء أجنبي شرع فيه بموجب قوانين الدولة المشترعة؛ و(ج) التنسيق في الإجراءات المتزامنة في دولتين أو أكثر؛ و(د) مشاركة الدائنين الأجانب في إجراءات الإعسار التي تجري في الدولة المشترعة (انظر المادة ١).

دال- أنواع الإجراءات الأجنبية المشمولة

٢٣- لكي يندرج إجراء إعسار أجنبي في نطاق القانون النموذجي، ينبغي أن تتوافر له صفات معينة يذكر منها ما يلي: الاستناد إلى أساس من القانون ذي الصلة بالإعسار في الدولة المنشئة له؛ والتمثيل الجماعي للدائنين؛ ومراقبة أصول المدين وشؤونه أو الإشراف عليها من جانب محكمة أو هيئة رسمية أخرى؛ وإعادة تنظيم شؤون المدين أو تصفيتها وفقا للغرض من الإجراء (انظر الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢).

٢٤- وضمن نطاق هذه المعالم القياسية، ثمة طائفة متنوعة من الإجراءات الجماعية تصبح مؤهلة للاعتراف بها، إلزامية كانت أم طوعية، وخاصة بالشركات أو بالأفراد، ومتعلقة بالتصفية أو بإعادة التنظيم. وهي تشمل أيضا الإجراءات التي يحتفظ فيها المدين بقدر من

المراقبة على أصوله المالية، حتى وإن كان ذلك بإشراف من المحكمة (مثلا تعليق المدفوعات، "محافظة المدين على أصوله المالية").

٢٥- وقد اتبع نهج شامل فيما يتعلق أيضا بأنواع الدائنين المشمولين بالقانون النموذجي. ومع ذلك فإنّ القانون النموذجي يشير إلى إمكانية أن تستبعد من نطاق تطبيقه أنواع معينة من الهيئات، مثل المصارف أو شركات التأمين التي تنص قوانين الدولة المشترعة على أنها خاضعة لها تحديدا فيما يتصل بحالة الإعسار (الفقرة ٢ من المادة ١).

هاء- المساعدة الأجنبية بشأن إجراء إعسار يتخذ في الدولة المشترعة

٢٦- إضافة إلى تزويد محاكم الدولة المشترعة بما يمكنها من معالجة طلبات الاعتراف التي ترد إليها، يخول القانون النموذجي محاكم الدولة المشترعة صلاحية التماس المساعدة من الخارج بشأن إجراء يتخذ في الدولة المشترعة (المادة ٢٥). ومن شأن إضافة هذا الترخيص لمحاكم الدولة المشترعة بالتماس التعاون من الخارج أن يساعد على سد ثغرة في تشريعات بعض الدول. إذ بدون هذا الترخيص القانوني، قد تشعر المحاكم في بعض النظم القانونية بأنه ليس باستطاعتها أن تلتمس مثل هذه المساعدة من الخارج، مما يؤدي إلى طرح عقبات محتملة أمام توفير استجابة دولية متناسقة في حالة الإعسار عبر الحدود.

٢٧- كذلك فإنّ القانون النموذجي قد يساعد الدولة المشترعة على سد ثغرة في تشريعاتها فيما يتعلق بالصلاحيات "الخارجية" للأشخاص المعينين لإدارة شؤون إجراءات الإعسار في إطار قانون الإعسار المحلي. وترخص المادة ٥ لأولئك الأشخاص الصلاحية لأن يلتمسوا من المحاكم الأجنبية الاعتراف بتلك الإجراءات والمساعدة بشأنها.

واو- سبل وصول الممثلين الأجانب إلى محاكم الدولة المشترعة

٢٨- من الأهداف الهامة للقانون النموذجي توفير السبل السريعة والمباشرة لوصول الممثلين الأجانب إلى محاكم الدولة المشترعة. كما ان القانون النموذجي يغني عن الاعتماد على رسائل التفويض الالتماسي، أو غير ذلك من أشكال الاتصال الدبلوماسية أو القنصلية التي قد يتعين اللجوء إليها لولا ذلك، بما تنطوي عليه تلك التدابير من مشقة ومضيعة للوقت. ومن شأن ذلك أن ييسر اتباع نهج منسق وتعاوني في شؤون الإعسار عبر الحدود ويمكن من اتخاذ إجراءات سريعة عند الاقتضاء.

٢٩- وإضافة إلى ارساء مبدأ توفير السبل المباشرة لوصول الممثل الأجنبي إلى المحاكم، فإنّ القانون النموذجي:

(أ) يقر اشتراطات مبسطة للاثبات من أجل التماس الاعتراف والانتصاف فيما يتعلق بالإجراءات الأجنبية، مما يجنب إضاعة الوقت في مقتضيات "التصديق القانوني" التي تتطلب إجراءات توثيقية عدلية أو قنصلية (المادة ١٥)؛

(ب) ينص على أن للممثل الأجنبي حقا إجرائيا في البدء في إجراء بشأن الإعسار في الدولة المشترعة (رهنا بالشروط الواجبة التطبيق في الدولة المشترعة)، وعلى أن الممثل الأجنبي له أن يشارك في إجراء بشأن الإعسار في الدولة المشترعة (المادتان ١١ و ١٢)؛

(ج) يؤكد، رهنا بمراعاة مقتضيات أخرى في الدولة المشترعة، على إتاحة سبل وصول الدائنين الأجانب إلى محاكم الدولة المشترعة لغرض بدء إجراء بشأن الإعسار في الدولة المشترعة أو المشاركة في مثل هذا الإجراء (المادة ١٣)؛

(د) يعطى الممثل الأجنبي الحق في التدخل في إجراءات تتعلق بتصرفات فردية في الدولة المشترعة تؤثر في المدين أو في أصوله المالية (المادة ٢٤)؛

(هـ) ينص على أن مجرد صدور التماس لاعتراف في الدولة المشترعة لا يعني أن للمحاكم في تلك الدولة اختصاصا قضائيا يسري على كامل أصول المدين المالية وأعماله التجارية (المادة ١٠).

زاي- الاعتراف بالإجراءات الأجنبية

البت فيما إذا كان ينبغي الاعتراف بالإجراء الأجنبي

٣٠- يرسي القانون النموذجي معايير للبت فيما إذا كان ينبغي الاعتراف بالإجراء الأجنبي (المواد ١٥-١٧) وينص على أنه يجوز للمحكمة، في الحالات الملائمة، أن تمنح انتصافا مؤقتا إلى حين اتخاذ قرار بشأن الاعتراف (المادة ١٩). ويتضمّن القرار تحديدا لما إذا كان الأساس المستند إليه، من حيث الاختصاص القضائي، في بدء الإجراء الأجنبي يجعل من الواجب الاعتراف بالإجراء الأجنبي بوصفه إجراء إعسار أجنبيا "رئيسيا" أو، بدلا من ذلك "غير رئيسي". ولا يتناول القانون النموذجي المسائل الإجرائية المتعلقة بالإشعار بتقديم طلب

الاعتراف أو الإشعار باتخاذ قرار بمنح الاعتراف؛ وتظل تلك المسائل خاضعة لأحكام قانونية أخرى للدولة المشترعة.

٣١- ويعتبر الإجراء الأجنبي إجراء "رئيسيا" إذا بدأ في الدولة التي "يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية". وهذه الصيغة مطابقة للصيغة الواردة في المادة ٣ من لائحة المجلس الأوروبي، وبذلك ترتكز إلى التنسيق الآخذ في النشوء بشأن مفهوم الإجراء "الرئيسي". ويمكن أن يترتب على اتخاذ قرار بأن الإجراء الأجنبي هو إجراء "رئيسي" تأثير في طبيعة الانتصاف الذي يمنح للممثل الأجنبي.

آثار الاعتراف والانتصاف التقديري للممثل الأجنبي

٣٢- من العناصر الرئيسية للانتصاف الذي يمنح لدى الاعتراف بممثل إجراء أجنبي "رئيسي" وقف دعاوى الدائنين الأفراد الفردية المرفوعة على المدين أو وقف إجراءات الانفاذ المتعلقة بأصول المدين، وتعليق حق المدين في نقل أصوله أو إثقالها بعبء (الفقرة ١ من المادة ٢٠). وهذا الوقف أو التعليق "إلزامي" (أو "تلقائي") بمعنى أنهما إما يترتبان تلقائيا على الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي وإما أن تكون المحكمة، في الدول التي يلزم فيها أمر محكمة للوقف أو التعليق، تكون المحكمة ملزمة بإصدار الأمر المناسب. ووقف الدعاوى أو وقف إجراءات الانفاذ ضروري لإتاحة "متنفس" ريثما تتخذ التدابير الملائمة لإعادة تنظيم أصول المدين أو لتصفيتها تصفية عادلة. أما تعليق نقل الأصول فهو ضروري لأن المدينين المتعددي الجنسيات يستطيعون، في النظام الاقتصادي العصري المعولم، أن ينقلوا النقود والأملاك بسرعة عبر الحدود. فهذا التأجيل الإلزامي المترتب على الاعتراف بالإجراء الأجنبي الرئيسي يتيح "التجميد" السريع الضروري لمنع الاحتيال ولحماية المصالح المشروعة للأطراف المعنية، ريثما تتاح الفرصة للمحكمة لإشعار جميع المعنيين وتقييم الوضع.

٣٣- أما الاستثناءات والقيود على نطاق الوقف والتعليق (مثلا الاستثناءات الخاصة بالمطالبات المضمونة، والمدفوعات التي يؤديها المدين في السياق العادي لأعماله، ومقاصة الديون، وانفاذ الحقوق العينية) وإمكانية تعديل الوقف أو التعليق أو إنهائه، فهي تحدد بموجب الأحكام السارية على تدابير الوقف والتعليق المماثلة في إجراءات الإعسار المتخذة بموجب قوانين الدولة المشترعة (الفقرة ٢ من المادة ٢٠).

٣٤- وعلاوة على هذا الوقف والتعليق الإلزاميين، يخول القانون النموذجي المحكمة أن تمنح انتصافا "تقديريا" لصالح أي إجراء أجنبي، سواء أكان "رئيسيا" أم غير رئيسي (المادة ٢١).

ويمكن أن يشتمل هذا الانتصاف التقديري، مثلا، على وقف الإجراءات أو تعليق الحق في إثقال الأصول بعبء (بقدر ما لم يكن ذلك الوقف أو التعليق قد حدث بشكل آلي بموجب المادة ٢٠)، وتيسير الحصول على المعلومات المتعلقة بأصول المدين والتزاماته، وتعيين شخص لإدارة تلك الأصول كلها أو بعض منها، وأي تدبير انتصافي آخر يمكن أن يكون متاحا بموجب قوانين الدولة المشترعة. أما الانتصاف اللازم بصفة عاجلة فيمكن أن يمنح قبل ذلك حال تقديم طلب الاعتراف (المادة ٢١).

حماية الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين

٣٥- يحتوي القانون النموذجي على أحكام تحمي مصالح الدائنين (ولا سيما الدائنين المحليين) والمدين وغيره من الأشخاص المتضررين، ومنها مثلا ما يلي: أن إمكانية منح انتصاف مؤقت عند طلب الاعتراف بإجراء أجنبي أو عند الاعتراف به تخضع لتقدير المحكمة؛ وأن القانون النموذجي ينص صراحة على أن المحكمة يجب أن تكون مقتنعة، عند منح ذلك الاعتراف، بأن مصالح الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين، بمن فيهم المدين، مشمولة بحماية كافية (الفقرة ١ من المادة ٢٢)؛ وأنه يجوز للمحكمة أن تخضع الانتصاف الذي تمنحه لشروط تراها ملائمة؛ وأنه يجوز للمحكمة تعديل الانتصاف الممنوح أو انهاؤه، إذا طلب ذلك شخص متضرر منه (الفقرتان ٢ و٣ من المادة ٢٢).

٣٦- وعلاوة على هذه الأحكام المحددة، ينص القانون النموذجي، بطريقة عامة، على أنه يجوز للمحكمة أن ترفض اتخاذ إجراء خاضع للقانون النموذجي إذا كان من الواضح أن الإجراء قد يتعارض مع السياسة العامة للدولة المشترعة (المادة ٦).

٣٧- ولا ينظم القانون النموذجي، بوجه عام، مسائل إشعار الأشخاص المعنيين وإن كانت تلك المسائل وثيقة الصلة بحماية مصالحهم. وعلى ذلك فإنّ هذه المسائل تخضع للقواعد الإجرائية للدولة المشترعة، التي يمكن أن يتسم بعضها بطابع النظام العام. فمثلا سيحدد قانون الدولة المشترعة ما إذا كان ينبغي أن يوجه إلى المدين أو إلى شخص آخر أي إشعار بتقديم طلب اعتراف بإجراء أجنبي، والفترة الزمنية لتقديم الإشعار.

حاء- التعاون عبر الحدود

٣٨- من القيود الواسعة الانتشار على التعاون والتنسيق بين القضاة المنتمين إلى ولايات قضائية مختلفة في حالات الإعسار عبر الحدود، القيد الناشيء عن عدم وجود إطار تشريعي،

أو عن عدم اليقين بشأن نطاق السلطة التشريعية الموجودة، لممارسة التعاون مع المحاكم الأجنبية.

٣٩- وقد دلّت التجربة على أن إصدار إطار تشريعي محدد هو أمر مفيد لتعزيز التعاون الدولي في القضايا عبر الحدودية، بغض النظر عما قد تتمتع به المحاكم تقليديا من سلطة تقديرية في أية دولة. وعلى ذلك فإنّ القانون النموذجي يسد الثغرة الموجودة في قوانين وطنية كثيرة، وذلك بالنص صراحة على تخويل المحاكم سلطة تقديم التعاون في المجالات التي يغطيها القانون النموذجي (المواد ٢٥-٢٧).

٤٠- ولأسباب مماثلة، يشتمل القانون النموذجي على أحكام تأذن بالتعاون بين محكمة في الدولة المشترعة وممثل أجنبي، وبين شخص يدير إجراء الإعسار في الدولة المشترعة ومحكمة أجنبية أو ممثل أجنبي (المادة ٢٦).

٤١- ويسرد القانون النموذجي أشكال التعاون الممكنة، ويترك للمشرع فرصة لسرد غيرها (المادة ٢٧). ويستصوب ابقاء تلك القائمة، عند اشتراعها، ارشادية لا حصرية، بغية عدم تقييد قدرة المحاكم على تشكيل الإجراءات الانتصافية بما يتماشى مع ظروف محددة.

طاء- تنسيق الإجراءات المتزامنة

الاختصاص القضائي ببدء إجراء محلي

٤٢- لا يفرض القانون النموذجي أية قيود تذكر على اختصاص المحاكم في الدولة المشترعة بأن تبدأ إجراءات إعسار أو تواصلها. وبموجب المادة ٢٨ يبقى لمحاكم الدولة المشترعة، حتى بعد الاعتراف بإجراء أجنبي "رئيسي"، اختصاص قضائي ببدء إجراء إعسار إذا كانت للمدين أموال في الدولة المشترعة. وإذا رغبت الدولة المشترعة في حصر اختصاصها القضائي في الحالات التي تكون فيها للمدين، فضلا عن الأموال، منشأة في الدولة المشترعة، فلن يكون اعتماد هذا الحصر مخالفا للسياسة التي يستند إليها القانون النموذجي.

٤٣- وعلاوة على ذلك، يعتبر القانون النموذجي أن الإجراء الأجنبي الرئيسي المعترف به يشكّل برهانا على إعسار المدين لأغراض بدء الإجراءات المحلية (المادة ٣١). وهذه القاعدة تكون مفيدة في النظم القانونية التي يتطلب فيها بدء إجراء الإعسار برهانا على أن المدين

معسر حقا. ومن شأن تفادي الحاجة إلى تكرار البرهان على العجز المالي أن يقلل من احتمال لجوء المدين إلى تأجيل بدء الإجراء لمدة تكفيه لإخفاء الأصول أو نقلها إلى مكان آخر.

تنسيق الانتصاف عند سير عدة إجراءات بالتزامن

٤٤- يتناول القانون النموذجي التنسيق بين إجراء محلي وإجراء أجنبي يتعلقان بنفس المدين (المادة ٢٩) وييسر التنسيق بين إجراءين أجنبيين أو أكثر بشأن المدين ذاته (المادة ٣٠). والهدف من هذه الأحكام هو تيسير اتخاذ قرارات منسقة من شأنها أن تحقق على أفضل وجه أهداف الإجراءين كليهما (مثلا زيادة قيمة أصول المدين إلى الحد الأقصى أو اختيار أجدى أساليب إعادة هيكلة المنشأة). ومن أجل تحقيق تنسيق مرض والتمكن من مواءمة الانتصاف للظروف المتغيرة، يوجه القانون النموذجي المحكمة في جميع الحالات التي يتناولها- بما فيها الحالات التي تحد من آثار الإجراءات الأجنبية عند وجود إجراءات محلية- إلى التعاون إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب (المادتان ٢٥ و٣٠).

٤٥- وعندما يكون إجراء الإعسار المحلي قد بدأ سيره بالفعل في الوقت الذي يطلب فيه الاعتراف بإجراء أجنبي، يقضي القانون النموذجي بأن أي انتصاف يمنح لصالح الإجراء الأجنبي يجب أن يكون متوافقا مع الإجراء المحلي. وفضلا عن ذلك فإنّ وجود الإجراء المحلي في وقت الاعتراف بالإجراء الرئيسي الأجنبي يحول دون العمل بالمادة ٢٠. وعندما لا يكون هناك إجراء محلي قيد النظر، تأمر المادة ٢٠ بوقف الدعاوى أو إجراءات الانفاذ الفردية ضد المدين وتعليق حق المدين في نقل أصوله أو إثقالها بعبء.

٤٦- وعندما يبدأ الإجراء المحلي بعد الاعتراف بالإجراء الأجنبي أو طلب الاعتراف به، يجب أن يعاد النظر في الانتصاف الذي منح لصالح الإجراء الأجنبي ويعدل أو ينهي إذا كان غير متوافق مع الإجراء المحلي. وإذا كان الإجراء الأجنبي إجراء رئيسيا فإنّ الوقف والتعليق، على النحو الذي تأمر به المادة ٢٠، يجب أيضا تعديلهما أو انهاؤهما ان كانا غير متوافقين مع الإجراء المحلي.

٤٧- وعندما تواجه المحكمة بأكثر من إجراء أجنبي واحد، تقضي المادة ٣٠ بمواءمة الانتصاف على نحو ييسر تنسيق الإجراءات الأجنبية؛ وإذا كان أحد الإجراءات الأجنبية إجراء رئيسيا فيجب أن يكون أي انتصاف متوافقا مع ذلك الإجراء الرئيسي.

٤٨- وثمة قاعدة أخرى مقصود بها تعزيز تنسيق الإجراءات المتزامنة، وهي القاعدة المتعلقة بمعدل السداد إلى الدائنين (المادة ٣٢). وهي تنص على أن الدائن لا يتلقى، بالمطالبة في أكثر من إجراء واحد، أكثر من نسبة السداد التي يحصل عليها سائر الدائنين المنتمين إلى الفئة ذاتها.

خامسا- الملاحظات بشأن كل مادة من المواد

ألف- العنوان

"قانون نموذجي"

٤٩- إذا قررت الدولة المشترعة ادراج أحكام القانون النموذجي في قانون وطني موجود خاص بالإعسار، فسيتعين تعديل عنوان الأحكام المشترعة تبعا لذلك وأن يستعاض عن عبارة "قانون"، الواردة في العنوان وفي مواضع مختلفة من نص القانون النموذجي، بالعبارة الملائمة.

٥٠- وعند اشتراع القانون النموذجي، يستصوب الالتزام إلى أقصى حد ممكن بالنص الموحد، لكي يكون القانون الوطني شفافا بقدر الامكان للأجانب الذين يلجأون إلى القانون الوطني. (انظر أيضا أعلاه، الفقرات ١١-١٢ و٢١).

"الإعسار"

٥١- تشير كلمة "الإعسار"، بالمعنى الوارد في عنوان القانون النموذجي، إلى أنواع مختلفة من الإجراءات الجماعية ضد الدائنين المعسرين. والسبب في ذلك هو أن القانون النموذجي (على نحو ما أشير إليه أعلاه في الفقرتين ٢٣ و٢٤) يتناول إجراءات تتعلق بأنواع متباينة من الدائنين ويتناول، من بين تلك الإجراءات، الإجراءات التي تهدف إلى إعادة تنظيم الجهة المدينة، وكذلك الإجراءات التي تؤدي إلى تصفية الجهة المدينة باعتبارها كيانا تجاريا.

٥٢- ومن الجدير بالملاحظة أن لعبارة "إجراءات الإعسار" في بعض الولايات القضائية معنى تقني ضيق، من حيث أنها يمكن أن تقتصر، مثلا، على الاشارة إلى الإجراءات الجماعية التي تتعلق بشركة أو بشخص اعتباري مماثل، أو على الاشارة إلى الإجراءات الجماعية التي تتخذ ضد شخص طبيعي. ولا يقصد باستخدام عبارة "الإعسار" في عنوان القانون النموذجي إقامة تمييز كهذا، لأن المقصود هو أن ينطبق القانون النموذجي على الإجراءات

بصرف النظر عما إذا كانت تتعلق بشخص طبيعي أو بشخص اعتباري بوصفه المدين. وإذا كان يحتمل في الدولة المشترعة أن تفهم عبارة "الإعسار" خطأ على أنها تشير إلى نوع واحد معين من أنواع الإجراءات الجماعية فينبغي استخدام عبارة أخرى للاشارة إلى الإجراءات التي يتناولها القانون.

٥٣- غير أنه يستصوب، عند الاشارة إلى إجراءات الإعسار الأجنبية، استخدام الصياغة الواردة في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢، بغية عدم استبعاد الاعتراف بإجراءات أجنبية ينبغي شمولها بمقتضى الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢.

باء- الديباجة

الهدف من هذا القانون توفير آليات فعالة لمعالجة حالات الإعسار عبر الحدود من أجل تحقيق الأهداف التالية:

(أ) التعاون بين المحاكم والسلطات المختصة الأخرى في هذه الدولة والدول الأجنبية المعنية بحالات الإعسار عبر الحدود؛

(ب) تعزيز التيقن في المسائل القانونية المتعلقة بالتجارة والاستثمار؛

(ج) إدارة حالات الإعسار عبر الحدود إدارة منصفة وناجعة بحيث يتسنى حماية مصالح كل الدائنين وسائر الأشخاص المعنيين، بمن في ذلك المدين؛

(د) حماية قيمة أصول المدين وزيادتها إلى أقصى حد ممكن؛ و

(هـ) تيسير إنقاذ المؤسسات التجارية المتعثرة ماليا، مما يوفّر الحماية للاستثمار ويحافظ على فرص العمالة.

٥٤- تبيّن الديباجة، في ايجاز ووضوح، أهداف السياسة العامة الأساسية في القانون النموذجي. وليس المقصود من الديباجة أن تنشىء حقوقا موضوعية بل أن تقدم بالأحرى لمستعملي القانون النموذجي توجها عاما وتساعد على تفسير القانون النموذجي.

٥٥- وفي الدول التي لم تألف تضمين ديباجات تشريعاتها بيانات تتعلق بالسياسة العامة، يمكن النظر في ادراج بيان الأهداف إما في صلب القانون وإما في وثيقة منفصلة، بغية الحفاظ على هذه الأداة المفيدة في تفسير القانون.

"دولة"

٥٦- تشير كلمة "دولة"، بالمعنى المقصود في الديباجة وفي كافة مواد القانون النموذجي، إلى الكيان الذي يشترع القانون النموذجي ("الدولة المشترعة"). ولا ينبغي أن يفهم منها، مثلا، أنها تشير إلى إحدى الولايات في بلد ذي نظام اتحادي.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٣٦-١٣٩.

A/CN.9/422، الفقرات ١٩-٢٣.

A/CN.9/433، الفقرات ٢٢-٢٨.

A/CN.9/435، الفقرة ١٠٠.

جيم- الفصل الأول- أحكام عامة

المادة ١- نطاق التطبيق

١- ينطبق هذا القانون عندما:

(أ) تلتمس محكمة أجنبية أو ممثل أجنبي المساعدة في هذه الدولة فيما يتصل بإجراء أجنبي؛ أو

(ب) تلتمس المساعدة في دولة أجنبية فيما يتصل بإجراء في هذه الدولة بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]؛ أو

(ج) يكون ثمة إجراء أجنبي وإجراء في الدولة المشترعة جاريين في آن واحد بشأن المدين ذاته بمقتضى [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]؛ أو

(د) يكون للدائنين أو لأطراف معنية أخرى في دولة أجنبية مصلحة في طلب بدء إجراء في هذه الدولة أو المشاركة فيه بمقتضى [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة].

٢- لا ينطبق هذا القانون على إجراء يتعلق [تدرج أسماء أي مؤسسات، مثل البنوك وشركات التأمين، تخضع لنظام خاص للإعسار في هذه الدولة وهذه الدولة استبعادها من مجال تطبيق هذا القانون].

الفقرة ١

٥٧- توجز الفقرة ١ من المادة ١ أنواع المسائل التي قد تنشأ في حالات الإعسار عبر الحدود ويقدم القانون النموذجي حلولا لها. وهذه المسائل هي: (أ) الطلبات الواردة إلى الدولة المشترعة للاعتراف بإجراء أجنبي؛ (ب) الطلبات الصادرة إلى الخارج من محكمة أو من مدير في الدولة المشترعة للاعتراف بإجراء إعسار بدأ بموجب قوانين الدولة المشترعة؛ (ج) تنسيق الإجراءات التي تجرى بالتزامن في دولتين أو أكثر؛ (د) مشاركة الدائنين الأجانب في إجراءات الإعسار التي تجرى في الدولة المشترعة.

٥٨- وعبارة "هذه الدولة" مستخدمة في الديباجة وفي سائر أحكام القانون النموذجي للاشارة إلى الدولة التي تشترع النص. وللقانون الوطني أن يستخدم عبارة أخرى تستخدم عادة لهذا الغرض.

٥٩- وكلمة "المساعدة" الواردة في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب) من الفقرة ١ مقصود بها أن تشمل أوضاعا شتى يعالجها القانون النموذجي ويمكن فيها أن تقدم محكمة أو مدير إعسار في إحدى الدول طلبا موجها إلى محكمة أو مدير إعسار في دولة أخرى لاتخاذ تدبير يتضمّنه القانون النموذجي. ويذكر القانون بعض هذه التدابير على وجه التحديد (مثلا في الفقرتين الفرعيتين ١ (أ) و(ب) من المادة ١٩؛ أو الفقرات الفرعية ١ (أ) إلى (و) والفقرة ٢ من المادة ١٢؛ أو الفقرات الفرعية (أ) إلى (هـ) من المادة ٢٧)، في حين أن هناك تدابير ممكنة

أخرى يشملها القانون النموذجي بصيغة أوسع، (مثل الصيغة الواردة في الفقرة الفرعية ١ (ز) من المادة ٢١).

الفقرة ٢ (إجراءات الإعسار الخاضعة لتنظيم خاص)

٦٠- صيغ القانون النموذجي من حيث المبدأ بحيث ينطبق على أي إجراء يستوفي الشروط الواردة في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢، بغض النظر عن طبيعة الدائن أو وضعه الخاص في إطار القانون الوطني. والاستثناءات الممكنة الوحيدة المتوخاة في نص القانون النموذجي نفسه مبيّنة في الفقرة ٢ (من جهة أخرى، انظر الفقرة ٦٦ أدناه، للاطلاع على الاعتبارات المتعلقة بـ"المستهلكين").

٦١- والمصارف أو شركات التأمين تساق أمثلة على الكيانات التي قد تقرر الدولة المشترعة استبعادها من نطاق القانون النموذجي. وعادة ما يتمثل سبب الاستبعاد في أن إعسار تلك الكيانات تنشأ عنه ضرورة خاصة لحماية مصالح حيوية لعدد كبير من الأفراد، أو أن إعسار تلك الكيانات يستوجب عادة إجراءات فورية وحذرة بوجه خاص (مثلا لتفادي سحب مبالغ ضخمة من الأموال المودعة فيها). ولتلك الأسباب فإنّ إعسار تلك الأنواع من الكيانات يدار، في كثير من الدول، بموجب مجموعة أحكام تنظيمية خاصة.

٦٢- وتشير الفقرة ٢ إلى أن الدولة المشترعة يمكن أن تقرّر استبعاد إعسار كيانات غير المصارف وشركات التأمين؛ ويمكن أن تفعل الدولة ذلك حيث تستوجب اعتبارات السياسة العامة التي يستند إليها نظام الإعسار الخاص بتلك الأنواع الأخرى من الكيانات (مثلا شركات المرافق العامة) حلولا خاصة في حالات الإعسار عبر الحدود.

٦٣- وليس من المستصوب استبعاد جميع حالات إعسار الكيانات المذكورة في الفقرة ٢. وعلى وجه الخصوص، قد ترغب الدولة المشترعة في أن تعامل، لأغراض الاعتراف، إجراء إعسار أجنبيا متعلقا بمصرف أو بشركة تأمين معاملة إجراء إعسار عادي، إذا كان إعسار فرع الكيان الأجنبي أو أصوله في الدولة المشترعة غير خاضع لمجموعة الأحكام التنظيمية الوطنية. ويمكن أيضا أن ترغب الدولة المشترعة في استبعاد امكان الاعتراف بإجراء أجنبي يتعلق بإحدى تلك الكيانات، إذا كان قانون دولة المنشأ لا يخضع ذلك الإجراء لتنظيم خاص.

٦٤- ولدى اشتراع الفقرة ٢، قد ترغب الدولة في أن تتأكد من أن مجرد خضوع إجراء الإعسار لمجموعة أحكام تنظيمية خاصة لن يحد عن غير قصد وعلى نحو غير مستصوب، من

حق مدير شؤون الإعسار أو المحكمة في طلب المساعدة أو الاعتراف في الخارج فيما يتعلق بإجراء إعسار يجرى في أراضي الدولة المشترعة. وعلاوة على ذلك، حتى إذا كان النوع المعين من أنواع الإعسار خاضعا لتنظيم خاص، يستصوب، قبل الاستبعاد العام لتلك الحالات من القانون النموذجي، النظر في احتمال أن يكون من المفيد الابقاء على انطباق عناصر معينة من القانون النموذجي (مثلا بشأن التعاون والتنسيق وربما بشأن أنواع معينة من الانتصاف التقديري) على إجراءات الإعسار الخاضعة لتنظيم خاص أيضا.

٦٥- وأيا كان الأمر، يستصوب، بهدف جعل القانون الوطني للإعسار أكثر شفافية (لصالح المستعملين الأجانب للقانون المستند إلى القانون النموذجي)، أن تنص الدولة المشترعة صراحة في الفقرة ٢ على الاستبعادات من نطاق القانون.

غير التجار أو الأشخاص الطبيعيون

٦٦- في الولايات القضائية التي لم تضع أحكاما لإعسار المستهلكين، أو التي ينص قانون الإعسار فيها على معاملة خاصة لإعسار غير التجار، قد ترغب الدولة المشترعة في أن تستبعد من نطاق انطباق القانون النموذجي حالات الإعسار المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين المقيمين في الدولة المشترعة الذين تكبدوا معظم ديونهم لأغراض شخصية أو منزلية، لا لأغراض تجارية أو في إطار أعمال تجارية، أو حالات الإعسار المتعلقة بغير التجار. وقد ترغب الدولة المشترعة أيضا في النص على أن ذلك الاستبعاد لن ينطبق في الحالات التي تتجاوز فيها الديون الكلية حدا أقصى نقديا معينا.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٤١-١٥٠.

A/CN.9/422، الفقرات ٢٤-٣٣.

A/CN.9/433، الفقرات ٢٩-٣٢.

A/CN.9/435، الفقرات ١٠٢-١٠٦ و١٧٩.

المادة ٢- التعاريف

لأغراض هذا القانون:

(أ) "الإجراء الأجنبي" يقصد به أي إجراء قضائي أو اداري جماعي، بما في ذلك أي إجراء مؤقت، يتخذ عملا بقانون يتصل بالإعسار في دولة أجنبية وتخضع فيه أموال المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية لغرض إعادة التنظيم أو التصفية؛

(ب) "الإجراء الأجنبي الرئيسي" يقصد به أي إجراء يتم في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية؛

(ج) "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي" يقصد به أي إجراء، غير الإجراء الأجنبي الرئيسي، يتم في الدولة التي يوجد فيها مؤسسة للمدين بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (و) من هذه المادة؛

(د) "الممثل الأجنبي" يقصد به أي شخص أو هيئة، بما في ذلك الشخص أو الهيئة المعينان على أساس مؤقت، يؤذن له أو لها، في إجراء أجنبي، بإدارة تنظيم أموال المدين أو أعماله على أسس جديدة أو تصفيتها، أو التصرف كممثل للإجراء الأجنبي؛

(هـ) "المحكمة الأجنبية" يقصد بها سلطة قضائية أو سلطة أخرى مختصة بمراقبة إجراء أجنبي أو الإشراف عليه؛

(و) "المؤسسة" يقصد بها أي مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع أو خدمات.

الفقرات الفرعية من (أ) إلى (د)

٦٧- بالنظر إلى أن القانون النموذجي سوف يدرج في قانون الإعسار الوطني، فلا يلزم أن تعرّف المادة ٢ سوى المصطلحات المتعلقة على وجه التحديد بالتصورات الافتراضية [السيناريوهات] عبر الحدودية. ومن ثم فإنّ القانون النموذجي يحتوي على تعريف لمصطلحي "الإجراء الأجنبي" (الفقرة الفرعية (أ)) و "الممثل الأجنبي" (الفقرة الفرعية (د))، ولكنه لا يعرّف الشخص أو الهيئة اللذين قد يعهد إليهما بإدارة أصول المدين في إجراء

إعسار في الدولة المشترعة. وبقدر ما يكون من المفيد ايراد تعريف في القانون الوطني للمصطلح المستخدم للاشارة إلى ذلك الشخص أو تلك الهيئة (بدلا من الاقتصار على استعمال المصطلح المستخدم عموما للاشارة إلى مثل أولئك الأشخاص)، يمكن أن يضاف هذا التعريف إلى التعاريف الواردة في القانون الذي يشترع فيه القانون النموذجي.

٦٨- وبتحديد الخصائص المطلوب توافرها لكل من "الإجراء الأجنبي" و"الممثل الأجنبي" فإنّ تعريفي هذين المصطلحين يقيدان نطاق تطبيق القانون النموذجي. ولكي يكون الإجراء قابلا للاعتراف به أو للتعاون بشأنه بمقتضى القانون النموذجي، ولكي يمنح ممثل أجنبي سبل الوصول إلى المحاكم المحلية بمقتضى القانون النموذجي، يجب أن يتسم كل من الإجراء الأجنبي والممثل الأجنبي بالصفات المنصوص عليها في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(د).

٦٩- كذلك يشمل التعريفإنّ الواردان في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(د) ما يوصف بأنه "إجراء مؤقت" وممثل "معين على أساس مؤقت". وفي الدولة التي تكون فيها الإجراءات المؤقتة إما غير معروفة أو غير مستوفية للشروط الأساسية للتعريف، قد ينشأ السؤال عما إذا كان الاعتراف بـ"الإجراء المؤقت" الأجنبي ينشيء مخاطرة لا تسوغها الحالة المعنية بإتاحة المجال لحدوث عواقب يحتمل أن تكون تعطيلية بمقتضى القانون النموذجي. ومن المستصوب بصرف النظر عن الطريقة التي تعالج بها الإجراءات المؤقتة في الدولة المشترعة، باستبقاء الاشارة إلى "الإجراء المؤقت" في الفقرة الفرعية (أ) وإلى الممثل الأجنبي المعين "على أساس مؤقت" في الفقرة الفرعية (د). والسبب في ذلك هو أنه يلاحظ في الممارسة المتبعة في كثير من الدول أن إجراءات الإعسار كثيرا، بل عادة، ما تبدأ على أساس "مؤقت" أو "تمهيدي". وباستثناء وصف تلك الإجراءات بأنها مؤقتة، فهي تستوفي جميع الشروط الأساسية الأخرى للتعريف الوارد في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢. وكثيرا ما تصرّف تلك الإجراءات لأسابيع أو أشهر باعتبارها إجراءات "مؤقتة" بإدارة أشخاص معينين على أساس "مؤقت"، ولا تعمد المحكمة الا بعد انقضاء فترة من الزمن إلى إصدار أمر يقر مواصلة الإجراءات على أساس غير مؤقت. ومن ثم فإنّ أهداف القانون النموذجي تنطبق تمام الانطباق على تلك "الإجراءات المؤقتة" (شريطة أن تلبى الشروط الأساسية الواردة في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(د)؛ لذلك، لا ينبغي تمييز تلك الإجراءات عن إجراءات الإعسار الأخرى لا لسبب الا لأنها تتسم بطابع مؤقت. وتشدد الفقرة ١ من المادة ١٧ على وجوب أن يستوفي الإجراء المؤقت والممثل الأجنبي جميع متطلبات المادة ٢، اذ ان تلك الفقرة تنص على أنه لا يجوز الاعتراف بإجراء أجنبي الا "إذا كان الإجراء الأجنبي إجراء بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية

(أ) من المادة ٢"، و"إذا كان الممثل الأجنبي المقدم لطلب الاعتراف شخصا أو هيئة بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢".

٧٠- وتتناول المادة ١٨ حالة يتوقف فيها الإجراء الأجنبي أو الممثل الأجنبي، سواء أكانا مؤقتين أم لا، عن تلبية الاشتراطات المنصوص عليها في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(د) من المادة ٢ بعد تقديم طلب الاعتراف أو بعد صدور ذلك الاعتراف. وتلزم المادة ١٨ الممثل الأجنبي باعلام المحكمة فورا بدءا من وقت تقديم طلب الاعتراف بالإجراء الأجنبي، بأي "تغيّر أساسي في وضعية الإجراء الأجنبي المعترف به أو وضعية تعيين الممثل الأجنبي". والغرض من هذا الالزام هو إتاحة المجال للمحكمة لتعديل أو إنهاء عواقب الاعتراف.

٧١- وتتجنب تعاريف الإجراءات أو الأشخاص الصادرة عن الاختصاصات القضائية الأجنبية استعمال تعابير قد تنطوي على معان تقنية مختلفة في النظم القانونية، وتلجأ عوضا عن ذلك إلى وصف أغراض الإجراءات أو وظائف الأشخاص. ويتبع هذا الأسلوب بغية اجتناب التسبب دون قصد في تضييق مدى تنوع الإجراءات الأجنبية التي يمكن أن تحصل على الاعتراف، وكذلك إلى اجتناب حدوث تضارب لا لزوم له مع المصطلحات المستخدمة في قوانين الدولة المشترعة. وبحسب ما هو مذكور في الفقرة ٥٢ أعلاه، قد يكون لمصطلح "إجراءات الإعسار" معنى تقني في بعض النظم القانونية، في حين أن ما يقصد به في الفقرة الفرعية (أ) هو الاشارة عموما إلى شركات تمر بضائقة مالية شديدة.

٧٢- والتعبير "مركز المصالح الرئيسية" الوارد في الفقرة الفرعية (ب) الخاصة بتعريف الإجراء الأجنبي الرئيسي، مستخدم أيضا في لائحة المجلس الأوروبي.

٧٣- وتشترط الفقرة الفرعية (ج) أن يكون "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي" جاريا في الدولة التي توجد فيها "منشأة" للمدين. ومن ثم فإنّ الإجراء الأجنبي غير الرئيسي الذي يمكن أن يكون قابلا للاعتراف به بمقتضى الفقرة ٢ من المادة ١٧ لا يمكن أن يكون الا إجراء بدئ في دولة يوجد فيها للمدين منشأة بالمعنى الوارد في الفقرة الفرعية (و) من المادة ٢. ولا تمس هذه القاعدة الحكم الوارد في المادة ٢٨ والقاضي بأن إجراء الإعسار يجوز بدؤه في الدولة المشترعة إذا كان للمدين أصول في تلك الدولة. بيد أنه ينبغي أن يلاحظ أن الآثار المترتبة على إجراء إعسار بدىء على أساس وجود الأصول فحسب، تكون في العادة مقصورة على الأصول الموجودة في تلك الدولة؛ وإذا كان ينبغي بمقتضى قانون الدولة المشترعة إدارة أصول أخرى للمدين واقعة في الخارج في إجراء الإعسار ذاك (كما هو

متوخى في المادة ٢٨)، فإنّ المسألة عبرالحدودية تلك تعالج في إطار التعاون والتنسيق الدوليين بمقتضى المواد من ٢٥ إلى ٢٧ في القانون النموذجي.

الفقرة الفرعية (هـ)

٧٤- ينبغي أن يحظى الإجراء الأجنبي الذي يستوفي الشروط المنصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ بنفس المعاملة بصرف النظر عما إذا كان قد بدأته وأشرفت عليه هيئة قضائية أو ادارية. لذلك فإنّ تعريف "المحكمة الأجنبية" في الفقرة الفرعية (هـ) يشمل السلطات غير القضائية أيضا، وذلك بغية اجتناب ضرورة الاشارة إلى سلطة أجنبية غير قضائية حيثما ترد الاشارة إلى محكمة أجنبية. وتتبع الفقرة الفرعية (هـ) التعاريف المشابهة الواردة في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢ من لائحة المجلس الأوروبي.

الفقرة الفرعية (و)

٧٥- استوحي تعريف مصطلح "المؤسسة" (الفقرة الفرعية (و)) من الفقرة الفرعية (ح) من المادة ٢ من لائحة المجلس الأوروبي. وهذا المصطلح مستخدم في تعريف "الإجراء الأجنبي غير الرئيسي" (الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢) وكذلك في سياق الفقرة ٢ من المادة ١٧، التي تنص على أنه لكي يحظى الإجراء الأجنبي غير الرئيسي بالاعتراف فلا بد من أن يكون للمدين منشأة في الدولة الأجنبية (انظر أيضا الفقرة ٧٣ أعلاه).

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٥٢-١٥٨.

A/CN.9/419، الفقرات ٩٥-١١٧.

A/CN.9/422، الفقرات ٣٤-٦٥.

A/CN.9/433، الفقرات ٣٣-٤١ و١٤٧.

A/CN.9/435، الفقرات ١٠٨-١١٣.

المادة ٣- الالتزامات الدولية على هذه الدولة

عندما يتعارض هذا القانون مع التزام على هذه الدولة ناشئ عن معاهدة أو أي شكل آخر من أشكال الاتفاق تكون هي طرفا فيه مع دولة أو دول أخرى، تكون الرجحان لمقتضيات تلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق.

٧٦- المادة ٣، التي تعبر عن مبدأ سمو الالتزامات الدولية للدولة المشترعة على القانون الداخلي فيها، صيغت على غرار أحكام مماثلة واردة في قوانين نموذجية أخرى أعدها الأونسيترال.

٧٧- وعند اشتراع هذه المادة، قد يرغب المشرع في النظر فيما إذا كان من المستصوب أن تتخذ خطوات لتجنب أي تفسير فضفاض لا لزوم له للمعاهدات الدولية. ذلك أن هذه المادة قد تؤدي، مثلا، إلى اعطاء الأسبقية لمعاهدات دولية تهدف، في الوقت الذي تعالج فيه مسائل يشملها أيضا القانون النموذجي (مثلا سبل الوصول إلى المحاكم والتعاون بين المحاكم أو السلطات الادارية)، إلى تسوية مشاكل غير المشاكل التي يركز عليها القانون النموذجي. وبعض تلك المعاهدات قد يساء فهمها على أنها تتناول أيضا مسائل يتناولها القانون النموذجي، لا لشيء إلا لأن صياغتها جاءت غير دقيقة أو فضفاضة. ومن شأن تلك النتيجة أن تعرض للخطر الهدف المنشود في تحقيق التوحيد وتيسير التعاون عبر الحدود في مسائل الإعسار، وأن تقلل من درجة اليقين ومن إمكانية التنبؤ بعواقب تطبيق القانون النموذجي. وقد ترغب الدولة المشترعة في أن تنص على أنه لكي تجبّ المادة ٣ حكما واردا في القانون الوطني، فلابد من وجود صلة كافية بين المعاهدة الدولية المعنية والمسألة التي تخضع للحكم الوارد في القانون الوطني المقصود. فمن شأن شرط كهذا أن يساعد على تجنب التقييد المفرط غير المقصود لآثار القانون المنفذ للقانون النموذجي. بيد أن مثل ذلك الحكم لا ينبغي له أن يذهب إلى حد اشتراط أن تكون المعاهدة المعنية خاصة بمسائل الإعسار على وجه التحديد بغية استيفاء ذلك الشرط.

٧٨- ومع أن المعاهدات الدولية الملزمة تعتبر نافذة من تلقاء نفسها في بعض الدول، فهي لا تعتبر كذلك مع استثناءات معينة في دول أخرى، وذلك من حيث إنها تتطلب تشريعا داخليا لكي تصبح قانونا واجب الانفاذ. وبالنسبة إلى الفئة الأخيرة من الدول، فبالنظر إلى الممارسة العادية المتبعة لديها في تناول المعاهدات والاتفاقات الدولية، لن يكون من المناسب

أو من الضروري ادراج المادة ٣ في تشريعاتها، أو قد يكون من المناسب ادراجها فيها بصيغة معدلة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٦٠-١٦٢.

A/CN.9/422، الفقرتان ٦٦ و٦٧.

A/CN.9/433، الفقرتان ٤٢ و٤٣.

A/CN.9/435، الفقرات ١١٤-١١٧.

المادة ٤- [المحكمة أو السلطة المختصة][(أ)]

تقوم بالمهمتين المشار إليهما في هذا القانون فيما يتعلق بالاعتراف بالإجراءات الأجنبية والتعاون مع المحاكم الأجنبية [تحدد المحكمة أو المحاكم أو السلطة/السلطات المختصة بأداء هذه المهام في الدولة المشترعة].

(أ) قد ترغب الدولة التي تكون فيها بعض المهام المتصلة بإجراءات الإعسار قد أنيطت بموظفين معينين أو بهيئات معينة من قبل الحكومة، في أن تدرج الحكم التالي في المادة ٤ أو في موضع آخر من الفصل الأول:

ليس في هذا القانون ما يمس بالأحكام السارية في هذه الدولة والتي تنظم سلطة [تدرج صفة الشخص المعين أو الهيئة المعينة من قبل الحكومة].

٧٩- إذا كان أي من المهام المذكورة في المادة ٤ تؤديه في الدولة المشترعة سلطة غير المحكمة، فإنّ الدولة تدرج اسم السلطة المختصة في المادة ٤ وفي مواضع مناسبة أخرى من قانون الاشتراع.

٨٠- ويمكن أن يكون الاختصاص بأداء مختلف المهام القضائية التي يتناولها القانون النموذجي مسندا إلى محاكم مختلفة في الدولة المشترعة، وعندئذ توائم الدولة المشترعة بين نص المادة وبين نظام اختصاص المحاكم فيها. وستتمثل قيمة المادة ٤، بالصيغة المشترعة بها

في دولة معينة، في أنها تزيد شفافية وسهولة استخدام القانون المشترع بشأن الإعسار لصالح الممثلين الأجانب والمحاكم الأجنبية بوجه خاص.

٨١- وعند تحديد جهة الاختصاص في المسائل المذكورة في المادة ٤، لا ينبغي للتشريع التنفيذي أن يقيد دونما ضرورة اختصاص محاكم أخرى في الدولة المشترعة ولا سيما اختصاص النظر في طلبات الممثلين الأجانب للحصول على انتصاف مؤقت.

الحاشية

٨٢- في عدد من الدول، يعهد تشريع الإعسار بالقيام بمهام معينة تتعلق بالإشراف العام على عملية معالجة قضايا الإعسار في البلد، إلى موظفين معينين من قبل الحكومة ممن هم في العادة موظفون مدنيون أو موظفون قضائيون يؤدون وظائفهم على أساس دائم. وتتباين الأسماء التي يُعرفون بها وتشمل، على سبيل المثال، تسميات "الحارس القضائي" أو "المحصل الرسمي" أو "المستعهد الرسمي". كما تتباين أنشطة هؤلاء الموظفين ونطاق مهامهم وطبيعتها من دولة إلى دولة. والقانون النموذجي لا يقيد سلطة هؤلاء المسؤولين الرسميين، وهي نقطة قد ترغب بعض الدول المشترعة في توضيحها في القانون نفسه، كما هو مبين في الحاشية. ومن جهة أخرى، فإنّه تبعا للعبارات التي تستعملها الدولة المشترعة في المادتين ٢٥ و٢٦ لادراج "صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة"، من الجائز أن يعهد إلى هؤلاء الموظفين بواجب التعاون على النحو المنصوص عليه في المواد من ٢٥ إلى ٢٧.

٨٣- وفي بعض الاختصاصات القضائية، قد يعين الموظفون الرسميون المشار إليهم في الفقرة السابقة للقيام بمهمة المديرين في قضايا الإعسار الفردية. وفي نطاق حدوث ذلك، يكون أولئك الموظفون الرسميون مشمولين بالقانون النموذجي.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٦٣-١٦٦.

A/CN.9/419، الفقرة ٦٩.

A/CN.9/422، الفقرتان ٦٨ و٦٩.

A/CN.9/433، الفقرتان ٤٤ و٤٥.

A/CN.9/435، الفقرات ١١٨-١٢٢.

المادة ٥- تخويل [تدرج صفة الشخص المعني أو الهيئة المعنية بإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية بمقتضى قانون الدولة المشترعة] سلطة التصرف في دولة أجنبية يخوّل [تدرج صفة الشخص المعني أو الهيئة المعنية بإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية بمقتضى قانون الدولة المشترعة] سلطة التصرف في دولة أجنبية لأجل إجراء في هذه الدولة بمقتضى [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، حسبما يسمح بذلك القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

٨٤- المقصود من المادة ٥ هو تزويد المسؤولين المديرين أو السلطات الأخرى، ممن يعينون في إجراءات إعسار تبدأ في الدولة المشترعة، بصلاحية التصرف في الخارج بصفة ممثلين أجانب في تلك الإجراءات. وقد اتضح أن عدم وجود ذلك التفويض في بعض الدول يشكّل عقبة في سبيل التعاون الدولي الفعال في القضايا عبر الحدودية. ويمكن للدولة المشترعة التي خوّل فيها المديرون صلاحية التصرف بصفة ممثلين أجانب، أن تقرر عدم ادراج المادة ٥، وان كانت تلك الدولة قد تريد الابقاء على المادة ٥ بغية تقديم دليل قانوني واضح على تلك الصلاحية.

٨٥- وقد صيغت المادة ٥ على نحو يوضح أن نطاق الصلاحية التي يمارسها المديرون في الخارج انما يتوقف على القانون الأجنبي والمحاكم الأجنبية. وسوف تكون التصرفات التي قد يرغب المسؤول الاداري المعين في الدولة المشترعة أن يقوم بها في بلد أجنبي إجراءات من النوع الذي يتناوله القانون النموذجي، لكن صلاحية التصرف في بلد أجنبي لا تتوقف على ما إذا كان ذلك البلد قد اشترع قانونا يستند إلى القانون النموذجي.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٦٧-١٦٩.

A/CN.9/419، الفقرات ٣٦-٣٩.

A/CN.9/422، الفقرات ٤٠-٤٧.

A/CN.9/433، الفقرات ٤٦-٤٩.

A/CN.9/435، الفقرتان ١٢٣ و١٢٤.

المادة ٦- الاستثناءات المرتكزة على السياسة العامة

ليس في هذا القانون ما يمنع المحكمة من رفض اتخاذ إجراء منصوص عليه في هذا القانون إذا كان واضحا أن ذلك الإجراء مخالف للسياسة العامة لهذه الدولة.

٨٦- بما أن مفهوم السياسة العامة قائم على القانون الوطني وقد يختلف من دولة إلى أخرى، فإنّ المادة ٦ لا تحاول تقديم تعريف موحد لهذا المفهوم.

٨٧- وفي بعض الدول، قد يعطى تعبير "السياسة العامة" معنى عريضا بأنه قد يتعلق من حيث المبدأ بأي قاعدة إلزامية من القانون الوطني. بيد أن الاستثناء بموجب السياسة العامة يؤول في كثير من الدول بأنه يقتصر على مبادىء القانون الأساسية، وخصوصا الضمانات الدستورية؛ وفي تلك الدول، لا يلجأ إلى السياسة العامة إلا لرفض تطبيق قانون أجنبي، أو الاعتراف بقرار قضائي أجنبي أو قرار تحكيم أجنبي، عندما يكون ذلك مخالفا لهذه المبادىء الأساسية.

٨٨- وتوخيا لإمكانية تطبيق الاستثناء بموجب السياسة العامة في سياق القانون النموذجي، من المهم أن يُلاحظ أن ثمة عددا متزايدا من الاختصاصات القضائية يعترف بوجود تفرع ثنائي بين مفهوم السياسة العامة بصيغته المطبقة على الشؤون المحلية، ومفهوم السياسة العامة بصيغته المستخدمة في مسائل التعاون الدولي ومسألة الاعتراف بالآثار المترتبة على القوانين الأجنبية. وفي هذه الحالة الأخيرة خاصة، تُفهم السياسة العامة بمعنى أكثر تقييدا من معنى السياسة العامة المحلية. ويعكس هذا التفرع الثنائي الادراك القائل بأن التعاون الدولي من شأنه أن يتعرقل دونما داع إذا ما فُهم معنى السياسة العامة بطريقة مسهبة.

٨٩- وأما الغرض من التعبير "واضحا أن" المستخدم أيضا في كثير من النصوص القانونية الدولية الأخرى كنعت شرطي للتعبير "السياسة العامة"، فهو التأكيد على أن الاستثناءات

المرتكزة إلى السياسة العامة ينبغي أن تفسر على نحو مقيد، وأنه لا يقصد من المادة ٦ سوى التذرع بها ضمن ظروف استثنائية تتعلق بمسائل ذات أهمية جوهرية لدى الدولة المشترعة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٧٠-١٧٣.

A/CN.9/419، الفقرة ٤٠.

A/CN.9/422، الفقرتان ٨٤ و٨٥.

A/CN.9/433، الفقرات ١٥٦-١٦٠.

A/CN.9/435، الفقرات ١٢٥-١٢٨.

المادة ٧- المساعدة الإضافية بموجب قوانين أخرى

ليس في هذا القانون ما يقيد سلطة المحكمة أو [تدرج صفة الشخص المعني أو الهيئة المعنية بإدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية بمقتضى قانون الدولة المشترعة] بشأن تقديم مساعدة إضافية إلى ممثل أجنبي بموجب قوانين أخرى في هذه الدولة.

٩٠- الغرض من القانون النموذجي هو زيادة وتنسيق المساعدة عبر الحدود المتاحة في الدولة المشترعة للممثلين الأجانب. ولكن بما أن قانون الدولة المشترعة قد ينطوي فعلا، حين تشريع القانون، على أحكام مختلفة قائمة يمكن بموجبها لممثل أجنبي الحصول على المساعدة عبر الحدود، وبما أنه ليس من غرض هذا القانون أن يجب تلك الأحكام طالما هي تقدم مساعدة إضافية أو مختلفة بالنسبة إلى نوع المساعدة التي يتناولها القانون النموذجي، فمن الجائز للدولة المشترعة أن تنظر فيما إذا كانت المادة ٧ تحتاج إلى توضيح هذه المسألة.

المناقشة في الأونسيترال

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرة ١٧٥.

المادة ٨- التفسير يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون، لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقه والحرص على حسن النية.

٩١- ثمة حكم مماثل للحكم الوارد في المادة ٨ يرد في عدد من معاهدات القانون الخاص (مثلا الفقرة ١ من المادة ٧، من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع).[ل] وفي وقت أحدث عهدا، تم التسليم بأن من المفيد ايراد حكم من هذا القبيل، حتى في نص غير تعاهدي كالقانون النموذجي، بمعنى أن أي دولة تشترع قانونا نموذجيا لها أيضا مصلحة في تفسيره على نحو متسق. وقد صيغت المادة ٨ على غرار الفقرة ١ من المادة ٣، من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.[م]

٩٢- وسوف يتيسر الاتساق في تفسير القانون النموذجي بفضل نظام المعلومات الخاص بالسوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال (CLOUT)، الذي تنشر أمانة الأونسيترال في إطاره خلاصات عن القرارات القضائية (قرارات التحكيم، حيثما انطبق الأمر) التي تفسر الاتفاقيات والقوانين النموذجية المنبثقة عن أعمال الأونسيترال. (للحصول على مزيد من المعلومات عن النظام، انظر الفقرة ٢٠٢ أدناه).

المناقشة في الأونسيترال

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرة ١٧٤.

دال- الفصل الثاني- سبل وصول الممثلين والدائنين الأجانب إلى المحاكم في هذه الدولة

المادة ٩- الحق في الوصول المباشر إلى المحاكم

يحق لممثل أجنبي أن يقدّم طلبا مباشرة إلى محكمة في هذه الدولة.

٩٣- تقتصر المادة ٩ على الاعراب عن مبدأ تيسر وصول الممثل الأجنبي مباشرة إلى محاكم الدولة المشترعة، مما يحرر الممثل الأجنبي من الاضطرار إلى استيفاء مقتضيات رسمية مثل التراخيص أو الإجراءات القنصلية. هذا علما بأن المادة ٤ تتناول اختصاص المحاكم في الدولة المشترعة بشأن توفير الانتصاف إلى الممثل الأجنبي.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٧٦-١٧٨.

A/CN.9/419، الفقرات ٧٧-٧٩؛ ١٧٢ و١٧٣.

A/CN.9/422، الفقرات ١٤٤- ١٥١.

A/CN.9/433، الفقرات ٥٠-٥٨.

A/CN.9/435، الفقرات ١٢٩-١٣٣.

المادة ١٠- الاختصاص القضائي المحدود

إن مجرد تقديم ممثل أجنبي طلبا بموجب هذا القانون إلى محكمة في هذه الدولة لا يخضع الممثل الأجنبي أو أصول المدين وأعماله التجارية الأجنبية للاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة، لأي غرض آخر غير الطلب الذي قدّمه.

٩٤- تمثل المادة ١٠ قاعدة "سلوك مأمون" تهدف إلى ضمان عدم تولي المحكمة في الدولة المشترعة اختصاصا قضائيا على أصول المدين المالية كلها لمجرد تقديم الممثل الأجنبي طلبا للاعتراف بإجراء أجنبي. وتوضح هذه المادة أيضا أن تقديم الطلب وحده ليس سببا كافيا لكي تمارس المحكمة في الدولة المشترعة اختصاصا قضائيا على الممثل الأجنبي في الأمور غير المتصلة بالإعسار. ومن ثم فإنّ هذه المادة تستجيب لمخاوف الممثلين والدائنين الأجانب من الخضوع لاختصاص قضائي شامل من جراء تقديم طلب بمقتضى القانون النموذجي.

٩٥- والتقييد المفروض في المادة ١٠ على سريان الاختصاص القضائي على الممثل الأجنبي ليس تقييدا مطلقا. فليس المقصود منه سوى حماية الممثل الأجنبي بالقدر اللازم لجعل تيسر وصوله إلى المحاكم أمرا ذا معنى. وتحقق هذه المادة ذلك بالنص على أن المثول أمام محاكم الدولة المشترعة بغرض طلب الاعتراف لا يجعل كامل الأموال الواقعة تحت إشراف الممثل الأجنبي خاضعة لاختصاص تلك المحاكم. وهي لا تمس الأسباب الممكنة الأخرى لسريان الاختصاص القضائي بموجب قوانين الدولة المشترعة على الممثل الأجنبي أو على الأصول المالية. وعلى سبيل المثال فإنّ الخطأ أو سوء التصرف الذي يرتكبه الممثل الأجنبي قد يقدم أسبابا موجبة لإعمال الاختصاص القضائي من أجل معالجة العواقب المترتبة على فعل كهذا من جانب الممثل الأجنبي. وعلاوة على ذلك، فإنّ الممثل الأجنبي الذي يطلب الانتصاف في الدولة المشترعة سوف يكون خاضعا للشروط التي قد تأمر المحكمة بربط الانتصاف الممنوح بها (المادة ٢٢، الفقرة ٢).

٩٦- وقد تبدو المادة ١٠ غير لازمة في الدول التي لا تسمح فيها قواعد الاختصاص القضائي بأن تخضع المحكمة لاختصاصها شخصا يقدم طلبا إليها لمجرد مثوله أمامها. ومع ذلك فسيكون من المفيد اشتراع هذه المادة في تلك الدول بغية تبديد المخاوف التي قد تساور الممثلين أو الدائنين الأجانب ازاء إمكانية اخضاعهم لاختصاص قضائي لمجرد تقديمهم طلبا إلى المحكمة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٧٩-١٨٢.

A/CN.9/422، الفقرات ١٦٠-١٦٦.

A/CN.9/433، الفقرات ٦٨-٧٠.

A/CN.9/435، الفقرات ١٣٤-١٣٦.

المادة ١١- طلب ممثل أجنبي بدء إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

يحق لممثل أجنبي أن يطلب البدء في إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، إذا استوفيت الشروط اللازمة لبدء هذا الإجراء.

٩٧- ثمة قوانين وطنية كثيرة لا تذكر ممثل إجراء الإعسار الأجنبي في عداد الأشخاص الذين يجوز لهم طلب بدء إجراء الإعسار؛ ففي تلك القوانين، قد تكون مسألة ما إذا كان يجوز للممثل الأجنبي تقديم مثل ذلك الطلب أمرا مشكوكا فيه.

٩٨- والقصد من المادة ١١ هو ضمان منح الممثل الأجنبي (في إجراء أجنبي رئيسي أو غير رئيسي) مكانة (أو "صفة شرعية إجرائية") تؤهله لطلب بدء إجراء إعسار. بيد أن المادة توضح (بعبارة "إذا استوفي ماعدا ذلك من شروط بدء هذا الإجراء") أنها لا تعدل على أي نحو آخر الشروط التي يجوز فيها بدء إجراء إعسار في الدولة المشترعة.

٩٩- وللممثل الأجنبي هذا الحق بدون اعتراف مسبق بالإجراء الأجنبي، لأن بدء إجراء إعسار قد يكون أمرا بالغ الأهمية في حالات وجود حاجة ماسة إلى الحفاظ على أصول المدين. وتسلم المادة ١١ بأن ممثل إجراء أجنبي رئيسي ليس وحده الذي قد تكون له مصلحة مشروعة في بدء إجراء إعسار في الدولة المشترعة، بل يصدق ذلك أيضا على ممثل إجراء أجنبي غير رئيسي. وتوفّر المادة ضمانات كافية لدرء التعسف في تقديم الطلبات باشتراط استيفاء الشروط الأخرى لبدء ذلك الإجراء قانون الدولة المشترعة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٨٣-١٨٧.

A/CN.9/422، الفقرات ١٧٠-١٧٧.

A/CN.9/433، الفقرات ٧١-٧٥.

A/CN.9/435، الفقرات ١٣٧-١٤٦.

المادة ١٢- مشاركة ممثل أجنبي في إجراء بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

عند الاعتراف بإجراء أجنبي، يحق للممثل الأجنبي أن يشارك في إجراء يتخذ بصدد المدين بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة].

١٠٠- الغرض من المادة ١٢ هو ضمان منح الممثل الأجنبي، في حال وجود إجراء إعسار يتعلق بالمدين في الدولة المشترعة، مكانة إجرائية (أو "صفة شرعية إجرائية") في تقديم الالتماسات أو الطلبات أو العرائض المتصلة بمسائل مثل حماية أصول المدين المالية أو تثميرها أو توزيعها، أو التعاون بصدد الإجراء الأجنبي.

١٠١- والمادة ١٢ تقتصر على منح الممثل الأجنبي تلك المكانة دون اعطائه أي سلطات أو حقوق محدّدة. وهذه المادة لا تحدد أنواع الطلبات التي قد يقدّمها الممثل الأجنبي، ولا تمس الأحكام ما يتضمّنه قانون الإعسار في الدولة المشترعة من أحكام تقرر مصير تلك الطلبات.

١٠٢- إذا كان قانون الدولة المشترعة يستخدم مصطلحا آخر غير مصطلح "يشارك"، للتعبير عن هذا المفهوم، جاز استخدام ذلك المصطلح الآخر عند اشتراع هذا الحكم. غير أنه يجدر التذكير بأن المادة ٢٤ تستخدم عبارة "يتدخل" للاشارة إلى حالة يشارك فيها الممثل الأجنبي في دعوى فردية للمدين أو عليه (خلافا لإجراء الإعسار الجماعي).

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرتان ١٨٨ و١٨٩.

A/CN.9/422، الفقرات ١١٤ و١١٥ و١٤٧ و١٤٩.

A/CN.9/433، الفقرة ٥٨.

A/CN.9/435، الفقرات ١٤٧-١٥٠.

المادة ١٣- سبل وصول الدائنين الأجانب إلى إجراء بموجب
[تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

١- مع مراعاة أحكام الفقرة ٢ من هذه المادة، تكون للدائنين الأجانب فيما يتعلق ببدء إجراء ما والمشاركة فيه في هذه الدولة بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] نفس الحقوق المتاحة للدائنين في هذه الدولة.

٢- لا يؤثر الحكم الوارد في الفقرة ١ من هذه المادة في ترتيب أولوية المطالبات في إجراء ما بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، باستثناء مطالبات الدائنين الأجانب التي لا تدرج في مرتبة أدنى من [تحدد مرتبة المطالبات العامة غير التفضيلية، مع مراعاة تصنيف المطالبة الأجنبية في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير التفضيلية إذا ما كانت هناك مطالبة محلية متكافئة (مثل مطالبة توقيع عقوبة أو مطالبة سداد مؤجل) مصنفة في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير التفضيلية][ب].

(ب) قد ترغب الدولة المشترعة في النظر في الصياغة التالية كبديل عن المادة ١٣ (٢):

"٢- ليس للفقرة (١) من هذه المادة تأثير في ترتيب المطالبات في إجراء ما بمقتضى [تذكر هنا قوانين الدولة المشترعة ذات الصلة بالإعسار] ولا في استبعاد مطالبات الضرائب والضمان الاجتماعي الأجنبية من مثل هذا الإجراء. ومع ذلك، يجب ألا تصنف مطالبات الدائنين الأجانب غير تلك المتعلقة بالتزامات الضرائب والضمان الاجتماعي في مرتبة أدنى من [مرتبة المطالبات العامة غير التفضيلية، مع مراعاة تصنيف المطالبة الأجنبية في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير التفضيلية إذا كانت هناك مطالبة محلية مكافئة (مثل مطالبة خاصة بعقوبة أو مطالبة سداد مؤجل) مصنفة في مرتبة أدنى من المطالبات العامة غير التفضيلية]."

١٠٣- تجسّد المادة ١٣، مع الاستثناء الوارد في الفقرة ٢، المبدأ القائل بأن الدائنين الأجانب، عندما يقدّمون طلبا لبدء إجراء إعسار في الدولة المشترعة أو عندما يقدّمون مطالبات في إطار ذلك الإجراء، لا ينبغي أن يعاملوا معاملة أدنى من الدائنين المحليين.

١٠٤- وتوضح الفقرة ٢ أن مبدأ عدم التمييز المجسد في الفقرة ١ لا يمس الأحكام الخاصة بتحديد مرتبة المطالبات في إجراءات الإعسار، بما في ذلك أية أحكام قد تمنح مرتبة خاصة لمطالبات الدائنين الأجانب. فقلة من الدول لديها حاليا أحكام تمنح الدائنين الأجانب مرتبة خاصة. بيد أنه لئلا يفرغ مبدأ عدم التمييز من معناه بواسطة أحكام تمنح المطالبات الأجنبية

أدنى مرتبة، تحدد الفقرة ٢ أدنى مرتبة يمكن أن تمنح للدائنين الأجانب: مرتبة المطالبات العامة غير المكفولة. وتستثنى من ذلك الترتيب الأدنى الحالات التي يكون فيها من شأن المطالبة المعنية، إذا كانت مطالبة من دائن محلي، أن تصنف في مرتبة أدنى من مرتبة المطالبات العامة غير المكفولة (قد تكون هذه المطالبات المنخفضة المرتبة مثلا مطالبات سلطة حكومية بشأن عقوبات مالية أو غرامات، أو مطالبات يؤجل سدادها بسبب وجود علاقة خاصة بين المدين والدائن، أو مطالبات قدمت بعد انقضاء المهلة المحددة للقيام بذلك). ومن الجائز أن تصنف تلك المطالبات الخاصة في مرتبة أدنى من مرتبة المطالبات العامة غير المكفولة، لأسباب غير تلك المتعلقة بجنسية الدائن أو مكانه، على النحو المنصوص عليه في قانون الدولة المشترعة.

١٠٥- ولا يختلف الحكم البديل الوارد في الحاشية عن الحكم الوارد في النص إلا في أنه يوفّر للدول التي ترفض الاعتراف بمطالبات الضرائب والضمان الاجتماعي الأجنبية صياغة تتيح لها مواصلة التمييز ضد تلك المطالبات.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٩٠-١٩٢.

A/CN.9/422، الفقرات ١٧٩-١٨٧.

A/CN.9/433، الفقرات ٧٧-٨٥.

A/CN.9/435، الفقرات ١٥١-١٥٦.

المادة ١٤- إشعار الدائنين الأجانب بإجراء بصدد الإعسار بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]

١- حيثما يشترط توجيه إشعار ببدء الإجراءات في هذه الدولة بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، يوجه ذلك الإشعار أيضا إلى الدائنين المعروفين الذين ليس لهم عنوان في هذه الدولة. ويجوز للمحكمة أن تأمر باتخاذ التدابير المناسبة قصد إشعار الدائنين الذين لا تعرف عناوينهم بعد.

٢- يوجه هذا الإشعار إلى الدائنين الأجانب كل على حدة، ما لم تعتبر المحكمة أن من الأنسب، تبعا للظروف، اللجوء إلى شكل آخر من أشكال الإشعار. وليس ثمة حاجة إلى تفويض التماسي أو غيره من الشكليات المماثلة في هذه الحالة.

٣- عندما يتعين إشعار دائنين أجانب ببدء إجراء ما، فإنّ ذلك الإشعار يجب أن:

(أ) يبيّن مهلة زمنية معقولة لإيداع المطالبات، ويحدد المكان الذي تودع فيه هذه المطالبات؛

(ب) يبيّن ما إذا كان يتعين على الدائنين المضمونين إيداع مطالباتهم المضمونة؛

(ج) يتضمّن أي معلومات أخرى يتعين ادراجها في مثل هذا الإشعار الذي يوجه إلى الدائنين عملا بقانون هذه الدولة وأوامر المحكمة.

الفقرتان ١ و ٢

١٠٦- الغرض الرئيسي من إشعار الدائنين الأجانب على النحو المنصوص عليه في الفقرة ١ هو إبلاغهم ببدء إجراء الإعسار وبالمهلة الزمنية المتاحة لتقديم مطالباتهم. وعلاوة على ذلك، وكنتيجة منطقية لمبدأ المساواة في المعاملة الذي ترسيه المادة ١٣، تقضي المادة ١٤ بإشعار الدائنين الأجانب كلما تعين إشعار الدائنين في الدولة المشترعة.

١٠٧- وللدول أحكام أو ممارسات مختلفة فيما يتعلق بطرائق إشعار الدائنين؛ فقد تكون، مثلا، نشر بلاغ في الجريدة الرسمية أو في الصحف المحلية، أو ارسال إشعارات فردية، أو تعليق بلاغات داخل مباني المحاكم، أو توليفة من هذه الإجراءات. وإذا ما ترك تحديد شكل الإشعار للقانون الوطني، فسيكون الدائنون الأجانب في وضع أقل مؤاتاة من وضع الدائنين المحليين، لأنه لا يتيسر لهم عادة الاطلاع المباشر على المنشورات المحلية. ولذلك السبب، تشترط الفقرة ٢، من حيث المبدأ، ارسال إشعارات فردية إلى الدائنين الأجانب، ولكنها تترك للمحكمة حرية التصرف في أن تتخذ قرارا مغايرا في حالة معينة (مثلا، إذا كان الإشعار الفردي يستتبع تكاليف مفرطة أو لا يبدو ممكنا في الظروف القائمة).

١٠٨- وأما فيما يتعلق بشكل الإشعار الفردي، فمن الجائز أن تستعمل الدول إجراءات خاصة في الإشعارات التي يلزم تبليغها في ولاية قضائية أجنبية (مثلا، ارسال الإشعارات عبر القنوات الدبلوماسية). وفي سياق إجراءات الإعسار، كثيرا ما تكون إجراءات الإشعار الخاصة مرهقة وتستغرق كثيرا من الوقت، كما ان استعمالها لا يوفّر عادة للدائنين الأجانب تبليغا بإجراءات الإعسار في الوقت المناسب. ولذا فإنّ من المستصوب توجيه تلك الإشعارات بوسائل سريعة تعتبرها المحكمة وافية بالغرض. وتلك الاعتبارات هي الداعي لأن تنص الفقرة ٢ على أنه "لا تلزم أي رسائل تفويض التماسي أو غيرها من الشكليات المماثلة".

١٠٩- وثمة دول كثيرة هي أطراف في معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف بشأن التعاون القضائي كثيرا ما تحتوي على أحكام عن إجراءات تبليغ الوثائق القضائية وغير القضائية إلى أشخاص في الخارج. ومن المعاهدات المتعددة الأطراف من هذا النوع اتفاقية تبليغ الوثائق القضائية وغير القضائية في الخارج فيما يتعلق بالمسائل المدنية أو التجارية لسنة ١٩٦٥،[ن] التي اعتمدت تحت رعاية مؤتمر لاهاي بشأن القانون الدولي الخاص. ومع أن الإجراءات التي ترتئيها تلك المعاهدات قد تشكل أسلوبا مبسطا مقارنة بوسائل التبليغ التقليدية عبر القنوات الدبلوماسية، فإنّها كثيرا ما تكون غير مناسبة لقضايا الإعسار عبر الحدود، للأسباب المبينة في الفقرة السابقة. وقد يثار تساؤل عما إذا كانت الفقرة ٢، التي تسمح بالاستغناء عن استخدام رسائل التفويض الالتماسي وغيرها من الشكليات المماثلة، متوافقة مع تلك المعاهدات. ويتعين على كل دولة أن تنظر في هذه المسألة على ضوء التزاماتها التعاهدية، ولكن الحكم الوارد في الفقرة ٢ لا يتعارض عموما مع الالتزامات الدولية للدولة المشترعة، لأن الغرض من المعاهدات المشار إليها أعلاه هو في العادة تيسير التبليغ وليس الحيلولة دون استخدام إجراءات الإشعار التي هي أبسط حتى من تلك التي ترسيها المعاهدة؛ فعلى سبيل المثال، تنص المادة ١٠ من الاتفاقية المذكورة أعلاه على ما يلي:

"لن تمس هذه الاتفاقية بما يلي، شريطة عدم اعتراض دولة الوجهة المقصودة:

"(أ) حرية ارسال الوثائق القضائية بالقنوات البريدية مباشرة إلى الأشخاص في الخارج،

"(ب) حرية الموظفين القضائيين أو الموظفين الرسميين أو غيرهم من الأشخاص المختصين في دولة المصدر في القيام بتبليغ الوثائق القضائية مباشرة من

خلال الموظفين القضائيين أو الموظفين الرسميين أو غيرهم من الأشخاص المختصين في دولة الوجهة المقصودة،

"(ج) حرية أي شخص معني بإجراء قضائي في القيام بتبليغ الوثائق القضائية مباشرة من خلال الموظفين القضائيين أو الموظفين الرسميين أو غيرهم من الأشخاص المختصين في دولة الوجهة المقصودة."

وفي الحالات التي قد يظل فيها تنازع بين الجملة الثانية من الفقرة ٢ من هذه المادة ومعاهدة ما، تقدم المادة ٣ من القانون النموذجي حلا لذلك التنازع.

١١٠- مع أن الفقرة ٢ تشير إلى رسائل التفويض الالتماسي باعتبارها من الشكليات غير اللازمة لتوجيه إشعار بمقتضى المادة ١٤، أن هذه الإشعارات، في كثير من الدول، لا تحال اطلاقا على شكل رسالة تفويض التماسي. وتستخدم رسالة التفويض الالتماسي في تلك الدول لأغراض أخرى، مثل التماس أدلة في بلد أجنبي أو التماس اذن بتنفيذ بعض الأعمال القضائية الأخرى في الخارج. ويخضع استخدام رسائل التفويض الالتماسي، على سبيل المثال، للاتفاقية المتعلقة بالحصول على الأدلة في الخارج في الأمور المدنية أو التجارية لسنة ١٩٧٠،[س] التي اعتمدت تحت رعاية مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

الفقرة ٣

١١١- في بعض النظم القانونية، يعتبر الدائن المكفول الذي يقدم مطالبة في إجراء إعسار متنازلا عن الكفالة أو عن بعض الامتيازات المرتبطة بالدين، بينما تقضي نظم قانونية أخرى بأن عدم تقديم مطالبة يؤدي إلى تنازل عن تلك الكفالة أو الامتياز. وحيثما ينشأ مثل هذا الوضع، قد يكون من المناسب أن تدرج الدولة المشترعة في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة ٣ اشتراطا بأن يتضمّن الإشعار معلومات بشأن الآثار التي تترتب على تقديم، أو عدم تقديم، مطالبات مكفولة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٩٣-١٩٨

A/CN.9/419، الفقرات ٨٤-٨٧.

A/CN.9/422، الفقرات ١٨٨-١٩١.

A/CN.9/433، الفقرات ٨٦-٨٩.

A/CN.9/435، الفقرات ١٥٧-١٦٤.

هاء- الفصل الثالث- الاعتراف بالإجراءات وسبل الانتصاف الأجنبية

المادة ١٥- طلب الاعتراف بإجراء أجنبي

١- يجوز لممثل أجنبي أن يقدم طلبا إلى المحكمة للحصول على الاعتراف بالإجراء الأجنبي الذي عين فيه الممثل الأجنبي.

٢- يكون طلب الاعتراف مشفوعا بما يلي:

(أ) صورة موثقة من القرار ببدء الإجراء الأجنبي وتعيين الممثل الأجنبي؛ أو

(ب) شهادة من المحكمة الأجنبية تثبت وجود الإجراء الأجنبي وتعيين الممثل الأجنبي؛ أو

(ج) في حال عدم وجود دليل الاثبات المشار إليه في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب)، أي اثبات آخر تقبله المحكمة لوجود الإجراء الأجنبي وتعيين الممثل الأجنبي.

٣- يكون طلب الاعتراف مشفوعا أيضا ببيان تحدد فيه جميع الإجراءات الأجنبية المتعلقة بالمدين التي يكون الممثل الأجنبي على علم بها.

٤- يجوز للمحكمة أن تطلب ترجمة الوثائق المقدمة دعما لطلب الاعتراف إلى لغة رسمية لهذه الدولة.

المادة ١٥ اجمالا

١١٢- تحدد المادة ١٥ المقتضيات الإجرائية الأساسية لطلب الاعتراف الذي يقدمه ممثل أجنبي. ولدى ادماج هذا الحكم في القانون الوطني، يستحسن عدم إثقال العملية الإجرائية بمقتضيات إضافية تتجاوز تلك المشار إليها. فالقانون النموذجي يوفّر من خلال المادة ١٥، مقرونة بالمادة ١٦، صيغة بسيطة سريعة يستخدمها الممثل الأجنبي للحصول على الاعتراف.

الفقرة ٢ من المادة ١٥ والفقرة ٢ من المادة ١٦

١١٣- يفترض القانون النموذجي أن المستندات المقدمة دعما لطلب الاعتراف لا تحتاج إلى توثيق بأي شكل خاص، وخصوصا بالتصديق القانوني: فوفقا للفقرة ٢ من المادة ١٦، يحق للمحكمة أن تفترض أن تلك المستندات صحيحة سواء أكانت مصدقة قانونا أم لم تكن. وكثيرا ما يستخدم مصطلح "التصديق القانوني" دلالة على الإجراء الشكلي الذي يصدق بموجبها الموظف الدبلوماسي أو القنصلي للدولة التي يقدم فيها المستند على صحة التوقيع، والصفة التي تصرف بها الشخص الموقع على المستند، وكذلك، عند الاقتضاء، على هوية الختم أو الدمغة الموجودة على الوثيقة.

١١٤- ويستنتج من الفقرة ٢ من المادة ١٦ (التي تقضي بأنه "يحق للمحكمة أن تفترض" صحة المستندات المصاحبة لطلب الاعتراف) أن المحكمة تحتفظ بسلطتها التقديرية في رفض التعويل على افتراض الصحة أو استنتاج أن هناك ما يثبت عكس ذلك. وهذا الحل المرن يضع في الحسبان أن المحكمة قد تكون قادرة على التأكد من صدور وثيقة معينة عن محكمة معينة حتى إذا لم تكن مصدقة قانونا، كما أن المحكمة في حالات أخرى قد تكون غير راغبة في التصرف استنادا إلى وثيقة أجنبية لم يصدق عليها قانونا، وخصوصا عندما تكون الوثائق صادرة عن ولاية قضائية لا عهد لها بها. وهذا الافتراض مفيد لأن إجراءات التصديق القانوني قد تكون مرهقة وتستغرق كثيرا من الوقت (مثلا، لأنها قد تشمل أيضا في بعض الدول سلطات شتى على مستويات مختلفة).

١١٥- وفيما يتعلق بالحكم الذي يخفف أي اشتراط للتصديق القانوني، قد يثار تساؤل عما ما إذا كان ذلك الحكم يتعارض مع الالتزامات الدولية للدولة المشترعة. اذ ان هنالك عدة دول هي أطراف في معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف بشأن الاعتراف المتبادل والتصديق القانوني على المستندات، منها مثلا الاتفاقية اللاغية لشرط التصديق القانوني على الوثائق العامة الأجنبية لسنة ١٩٦١ [٤] التي اعتمدت تحت رعاية مؤتمر لاهاي للقانون الدولي

الخاص، والتي تنص على إجراءات مبسطة محددة للتصديق القانوني على الوثائق الصادرة عن الدول الموقعة على الاتفاقية. بيد أن معاهدات التصديق القانوني على الوثائق، مثل رسائل التفويض الالتماسي وغيرها من الشكليات المماثلة، تبقي على مفعول القوانين واللوائح التنظيمية التي نصت على إلغاء أو تبسيط إجراءات التصديق القانوني؛ ومن ثم، لا يرجح نشوء أي تعارض. وعلى سبيل المثال، تنص الفقرة ٢ من المادة ٣ من الاتفاقية المشار إليها أعلاه على ما يلي:

"بيد أن [التصديق القانوني] المشار إليه في الفقرة السابقة لا يمكن اشتراطه حينما تكون القوانين أو اللوائح التنظيمية، أو الممارسة المتبعة في الدولة التي تصدر فيها الوثيقة، أو أي اتفاق بين دولتين متعاقدتين أو أكثر، قد نصت على الغائه أو تبسيطه أو على اعفاء الوثيقة نفسها من التصديق القانوني."

وإذا ما ظل هناك تعارض بين القانون النموذجي وأي معاهدة، تكون الغلبة، وفقا للمادة ٣ من القانون النموذجي، لتلك المعاهدة.

الفقرة ٢ (ج)

١١٦- بغية عدم منع الحصول على الاعتراف بسبب عدم الامتثال لإجراء تقني بحت (كما في حال عدم استطاعة مقدم الطلب تقديم مستندات تكون بجميع تفاصيلها مستوفية لمقتضيات الفقرتين الفرعيتين ٢ (أ) و(ب))، تسمح الفقرة الفرعية ٢ (ج) بأن يؤخذ في الاعتبار دليل اثبات غير الدليل المحدد في الفقرتين الفرعيتين ٢ (أ) و(ب)؛ بيد أن ذلك الحكم لا ينتقص من سلطة المحكمة في الاصرار على تقديم أدلة تكون مقبولة لديها. ومن المستصوب الحفاظ على هذه المرونة لدى تشريع القانون النموذجي. كما ان الفقرة ٢ من المادة ١٦، التي تنص على أنه "يحق للمحكمة أن تفترض" صحة الوثائق المصاحبة لطلب الاعتراف، تنطبق أيضا على المستندات المقدمة بمقتضى الفقرة الفرعية ٢ (ج) (انظر الفقرتين ١١٤ و١١٥ أعلاه).

الفقرة ٣

١١٧- تقضي الفقرة ٣ أن يكون طلب الاعتراف مشفوعا ببيان يسرد جميع ما هو معروف لدى الممثل الأجنبي من إجراءات اجنبية متعلقة بالمدين. ولا تحتاج المحكمة إلى تلك

المعلومات من أجل القرار المتعلق بالاعتراف نفسه بقدر ما تحتاج إليها من أجل أي قرار بمنح الانتصاف لصالح الإجراء الأجنبي. وبغية صوغ هذا الانتصاف على النحو الملائم والتأكد من أن الانتصاف متسق مع أي إجراء إعسار آخر بخصوص المدين نفسه، ينبغي أن تكون المحكمة على علم بجميع ما هو جار في دول ثالثة من إجراءات أجنبية خاصة بالمدين.

١١٨- ومن ثم، فمن المفيد ايراد حكم صريح يرسي واجب الاعلام، أولا لأنه يرجح أن تكون لدى الممثل الأجنبي معلومات أشمل عن شؤون المدين في دول ثالثة مما هو متوفّر لدى المحكمة؛ وثانيا لأن الممثل الأجنبي قد يكون معنيا في المقام الأول بالحصول على الانتصاف لصالح الإجراء الأجنبي الخاص به وأقل حرصا على التنسيق بين هذا الإجراء وإجراء أجنبي آخر. (واجب اعلام المحكمة عن الإجراء الأجنبي الذي يصبح معروفا لدى الممثل الأجنبي بعد صدور القرار المتعلق بالاعتراف يرد في المادة ١٨؛ أما بشأن التنسيق بين عدة إجراءات أجنبية، فإنّظر المادة ٣٠.)

الفقرة ٤

١١٩- الفقرة ٤ تخول المحكمة، ولكن لا تلزمها، بأن تشترط ترجمة بعض أو كل المستندات المصاحبة لطلب الاعتراف. وإذا كانت تلك السلطة التقديرية متوافقة مع إجراءات المحكمة، فهي مفيدة لأنها تتيح للمحكمة، بتمكينها من فهم المستندات، أن تختصر الوقت اللازم لاتخاذ قرار بشأن الاعتراف، كما أنها تقلل التكاليف.

الإشعار

١٢٠- ثمة حلول مختلفة بشأن ما إذا كانت المحكمة مطالبة بإصدار إشعار بتلقي طلب اعتراف. وفي عدد من الاختصاصات القضائية، ثمة مبادىء أساسية بشأن الأصول المرعية، تكون في بعض الحالات مجسدة في الدستور، قد تفهم على أنها تقتضي عدم اتخاذ قرار ذي أهمية مثل الاعتراف بإجراء إعسار أجنبي إلا بعد الاستماع إلى افادات الأطراف المعنية. ولكن يرتأى في بعض الدول الأخرى أن طلبات الاعتراف بالإجراءات الأجنبية تتطلب معالجة عاجلة (لأنها كثيرا ما تقدّم في ظروف تنطوي على خطر وشيك يعرض الأصول المالية للتبديد أو الإخفاء)، وأنه، بسبب هذه الحاجة إلى الاستعجال، لا يلزم إصدار إشعار قبل اتخاذ المحكمة أي قرار بشأن الاعتراف. وعلى هذا النسق من التفكير، من شأن فرض

اشتراط كهذا أن يسبب تأخرا لا داعي له، وأن يتعارض مع الفقرة ٣ من المادة ١٧، التي تنص على البت في طلب الاعتراف بالإجراء الأجنبي في أقرب وقت ممكن.

١٢١- ولا يقدم القانون النموذجي حلا للمسائل الإجرائية المتعلقة بمثل هذا الإشعار، ومن ثم فهي تخضع لأحكام قانونية أخرى في الدولة المشترعة. وعدم وجود اشارة صريحة إلى الإشعار المتعلق بتقديم طلب الاعتراف أو بقرار منح الاعتراف، لا يحول دون إصدار المحكمة مثل ذلك الإشعار، حيثما يشترطه القانون، عملا بالقواعد المتبعة لديها بشأن الإجراءات المدنية أو إجراءات الإعسار. ومن المنطلق نفسه، لا يوجد في القانون النموذجي ما يفرض إصدار مثل ذلك الإشعار في حال عدم وجود ذلك الاشتراط.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧(A/52/17)، الفقرات ١٩٩-٢٠٩.

A/CN.9/419، الفقرات ٦٢-٦٩ و١٧٨-١٨٩.

A/CN.9/422، الفقرات ٧٦-٩٣ و١٥٢-١٥٩.

A/CN.9/433، الفقرات ٥٩-٦٧ و٩٩-١٠٤.

A/CN.9/435، الفقرات ١٦٥-١٧٣.

المادة ١٦- القرائن الافتراضية بشأن الاعتراف

١- إذا كان القرار أو الشهادة المشار إليهما في الفقرة ٢ من المادة ١٥ يبينان أن الإجراء الأجنبي هو إجراء بحسب التعريف الوارد في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢ وأن الممثل الأجنبي هو شخص أو هيئة طبقا للمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢، فإنّه يحق للمحكمة أن تفترض ذلك.

٢- يحق للمحكمة أن تفترض أن الوثائق المقدمة دعما لطلب الاعتراف وثائق صحيحة سواء تم التصديق القانوني عليها أم لم يتم.

٣- يفترض أن المقر الرئيسي المسجل للمدين، أو محل اقامته المعتاد في حالة المدين الفرد، هو مركز المصالح الرئيسية للمدين، في حال عدم وجود دليل ينفي ذلك.

١٢٢- ترسي المادة ١٦ افتراضات تتيح للمحكمة تعجيل عملية الاثبات؛ وهي لا تمنع في الوقت نفسه، ووفقا للقانون الإجرائي المعمول به، طلب تقديم أدلة أخرى أو تقييم تلك الأدلة، إذا ما شككت المحكمة أو أي طرف معني في النتيجة المستخلصة من الافتراض.

١٢٣- وللاطلاع على التعليقات على الفقرة ٢، التي تنص على الاستغناء عن اشتراط التصديق القانوني، انظر الفقرات ١١٣-١١٥ أعلاه.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٢٠٤-٢٠٦.

A/CN.9/435، الفقرات ١٧٠-١٧٢.

المادة ١٧- قرار الاعتراف بإجراء أجنبي

١- مع مراعاة أحكام المادة ٦ يعترف بالإجراء الأجنبي:

(أ) إذا كان الإجراء الأجنبي إجراء بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢؛

(ب) وإذا كان الممثل الأجنبي الذي تقدم بطلب الاعتراف شخصا أو هيئة طبقا للمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (د) من المادة ٢؛

(ج) وإذا كان طلب الاعتراف يفي بالاشتراطات الواردة في الفقرة ٢ من المادة ١٥؛

(د) وإذا كان طلب الاعتراف قد قدم إلى المحكمة المشار إليها في المادة ٤؛

٢- يعترف بالإجراء الأجنبي:

(أ) بوصفه إجراء أجنبيا رئيسيا إذا اتخذ في الدولة التي يوجد بها مركز مصالح المدين الرئيسية؛ أو

(ب) بوصفه إجراء أجنبيا غير رئيسي، إذا كان للمدين مؤسسة بالمعنى المقصود في الفقرة الفرعية (و) من المادة ٢، في الدولة الأجنبية.

٣- يبت في طلب الاعتراف بإجراء أجنبي في أقرب وقت ممكن.

٤- لا تحول أحكام المواد ١٥ و١٦ و١٧ و١٨ دون تعديل الاعتراف أو انهائه، إذا ثبت أن مبررات منح الاعتراف غير متوافرة كليا أو جزئيا، أو لم تعد قائمة.

الفقرات ١-٣

١٢٤- الغرض من المادة ١٧هو تبيان أن الاعتراف سوف يمنح بطبيعة الحال، إذا لم يكن متعارضا مع السياسة العامة المتبعة في الدولة المشترعة، وإذا كان الطلب يفي بالاشتراطات المبينة في هذه المادة.

١٢٥- وفيما عدا استثناء السياسة العامة (انظر المادة ٦)، لا تشمل شروط الاعتراف الشروط التي من شأنها أن تتيح للمحكمة التي تنظر في الطلب أن تقيّم مسوغات قرار المحكمة الأجنبية الذي بموجبه بدىء بالإجراءات أو عيّن الممثل الأجنبي. وكثيرا ما تكون قدرة الممثل الأجنبي على الحصول على الاعتراف في وقت مبكر (ومن ثم قدرته على الاستناد بصورة خاصة إلى المواد ٢٠ و٢١ و٢٣ و٢٤) عاملا أساسيا للحماية الفعلية لأصول المدين من التبديد والإخفاء. ولهذا السبب، تلزم الفقرة ٣ المحكمة بالبت في الطلب "في أقرب وقت ممكن"، وينبغي للمحكمة عمليا أن تكون قادرة على انجاز إجراءات الاعتراف في غضون فترة قصيرة كهذه.

١٢٦- وتوفّر المادة ١٧ في الفقرة ٢ التمييز الأساسي بين الإجراءات الأجنبية المصنفة كإجراءات "رئيسية"، والإجراءات الأجنبية التي لا تتصف بهذه الصفة، تبعا للولاية القضائية التي يستند إليها الإجراء الأجنبي (انظر الفقرة ٧٥ أعلاه). والانتصاف المتأتى من الاعتراف قد يتوقف على الفئة التي يندرج فيها الإجراء الأجنبي. فعلى سبيل المثال، يؤدي الاعتراف بإجراء "رئيسي" إلى وقف تلقائي لدعاوى الدائنين الفردية أو تدابير الحجز المتعلقة بأصول المدين (المادة ٢٠، الفقرتان الفرعيتان ١ (أ) و(ب))، وإلى "تجميد" تلقائي لتلك الأصول

(المادة ٢٠، الفقرة الفرعية ١ (ج))، رهنا باستثناءات معينة مشار إليها في الفقرة ٢ من المادة ٢٠.

١٢٧- وليس من المستصوب إدراج أكثر من معيار لوصف الإجراء الأجنبي بأنه إجراء رئيسي والنص على أن الإجراء، استنادا إلى أي من تلك المعايير، يمكن أن يعتبر إجراء رئيسيا. ومن شأن مثل هذا النهج "المتعدد المعايير" أن يثير مخاطر وجود مطالبات من عدة إجراءات أجنبية تتنافس على الاعتراف بها كإجراء رئيسي.

١٢٨- وفيما يتعلق بالفقرة الفرعية ٢ (ب)، لا يتوخى القانون النموذجي، وحسبما ذكر في الفقرة ٧٣، الاعتراف بإجراء بدىء به في دولة أجنبية توجد فيها أصول للمدين؛ ولكن ليس لديه فيها منشأة بحسب التعريف الوارد في الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢.

الفقرة ٤

١٢٩- يكون قرار الاعتراف بإجراء أجنبي في العادة خاضعا لإعادة النظر أو الإلغاء، كأي قرار محكمة آخر. وتوضح الفقرة ٤ أن مسألة إعادة النظر في قرار الاعتراف، إذا كانت دواعي منحه معدومة كليا أو جزئيا أو لم تعد موجودة، متروكة لقانون الدولة المشترعة الإجرائي غير الأحكام المنفذة للقانون النموذجي.

١٣٠- وقد يكون تعديل أو إنهاء قرار الاعتراف نتيجة لتغير الظروف بعد صدور قرار الاعتراف؛ على سبيل المثال، إذا أنهي الإجراء الأجنبي المعترف به، أو غيرت طبيعته (مثلا، قد يحول إجراء إعادة التنظيم إلى إجراء تصفية). وكما قد تنشأ وقائع جديدة تقتضي أو تسوغ تغيير قرار المحكمة؛ على سبيل المثال، إذا تجاهل الممثل الأجنبي الشروط التي منحت المحكمة الانتصاف بموجبها.

١٣١- وقد يكون قرار الاعتراف خاضعا أيضا لإعادة النظر فيما إذا كانت قد روعيت في عملية اتخاذ القرار اشتراطات الاعتراف أم لا. وبعض إجراءات الاستئناف في إطار القوانين الوطنية تخول محكمة الاستئناف صلاحية إعادة النظر في مقومات القضية برمتها، بما في ذلك الجوانب الوقائعية. ومما يتسق مع الغرض من القانون النموذجي، وكذلك مع طبيعة القرار المانح للاعتراف (الذي يقتصر على التحقق مما إذا كان مقدم الطلب قد وفى بالاشتراطات الواردة في المادة ١٧)، أن يكون استئناف القرار مقصورا على مسألة ما إذا كانت الاشتراطات الواردة في المادتين ١٥ و١٦ قد روعيت في قرار الاعتراف بالإجراء الأجنبي.

الإشعار بقرار الاعتراف بالإجراءات الأجنبية

١٣٢- حسبما ذكر في الفقرتين ١٢٠ و١٢١ أعلاه، لا يتناول القانون النموذجي المسائل الإجرائية المتعلقة باشتراطات الإشعار بقرار منح الاعتراف، بل يتركها لأحكام أخرى في قانون الدولة المشترعة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (*A/52/17*)، الفقرات ٢٩-٣٣ و٢٠١ و٢٠٢.

A/CN.9/419، الفقرات ٦٢-٦٩.

A/CN.9/422، الفقرات ٧٦-٩٣.

A/CN.9/433، الفقرات ٩٩-١٠٤.

A/CN.9/435، الفقرتين ١٦٧ و١٧٣.

المادة ١٨- المعلومات اللاحقة

ابتداء من الوقت الذي يقدم فيه طلب للاعتراف بإجراء أجنبي، يبلّغ الممثل الأجنبي المحكمة على الفور بما يلي:

(أ) أي تغيير ملموس في وضع الإجراء الأجنبي المعترف به أو الوضع المتعلق بتعيين الممثل الأجنبي؛

(ب) أي إجراء أجنبي آخر يتعلق بالمدين ذاته، ويحاط به الممثل الأجنبي علما.

الفقرة الفرعية (أ)

١٣٣- من الممكن، بعد تقديم طلب الاعتراف أو بعد الحصول على الاعتراف، أن تحدث تغييرات في الإجراء الأجنبي كان من شأنها أن تؤثّر في قرار الاعتراف أو في الانتصاف الممنوح على أساس الاعتراف. فعلى سبيل المثال، قد يُنهى الإجراء الأجنبي أو يحول من

إجراء تصفية إلى إجراء إعادة تنظيم، أو قد تعدّل شروط تعيين الممثل الأجنبي أو قد يُنهى التعيين نفسه. والفقرة الفرعية (أ) تأخذ في الاعتبار أن التعديلات التقنية في وضعية الإجراءات وشروط التعيين كثيرة الحدوث، ولكن بعضا من تلك التعديلات فقط يمكن أن يكون تعديلات من شأنها أن تؤثّر في قرار منح الانتصاف أو قرار الاعتراف بالإجراء؛ ولذا فإنّ هذا الحكم لا يتطلب سوى تقديم معلومات عن التغييرات "الأساسية". ومن المحتمل أن تكون المحكمة حريصة بصفة خاصة على الاستمرار في إبلاغها بما يستجد عندما يكون قرارها بشأن الاعتراف متعلقا "بإجراء مؤقت" أجنبي أو ممثل أجنبي "معين على أساس مؤقت" (انظر الفقرتين الفرعيتين (أ) و(د) من المادة ٢).

الفقرة الفرعية (ب)

١٣٤- تقتضي الفقرة ٣ من المادة ١٥ أن يكون طلب الاعتراف مشفوعا ببيان يحدد جميع ما هو معروف لدى الممثل الأجنبي من إجراءات أجنبية متعلقة بالمدين. وتمد الفقرة الفرعية (ب) هذا الواجب إلى ما بعد تقديم طلب الاعتراف. ومن شأن هذا الإبلاغ أن يمكن المحكمة من النظر فيما إذا كان ينبغي التنسيق بين الانتصاف الممنوح من قبل ووجود إجراءات الإعسار التي شرع فيها بعد القرار المتعلق بالاعتراف (انظر المادة ٣٠).

المناقشة في الأونسيترال

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (*A/52/17*)، الفقرات ١١٣-١١٦ و٢٠١ و٢٠٢ و٢٠٧.

المادة ١٩- الانتصاف الذي قد يمنح إثر تقديم
طلب الاعتراف بإجراء أجنبي

١- عند إيداع طلب للاعتراف، وإلى حين البت في هذا الطلب، يجوز للمحكمة بناء على طلب الممثل الأجنبي، وعندما تكون ثمة حاجة ماسة للانتصاف من أجل حماية أصول المدين أو مصالح الدائنين، أن تمنح الانتصاف بصفة مؤقتة، ويشمل ذلك ما يلي:

(أ) وقف التنفيذ على أصول المدين؛

(ب) اسناد مهمة إدارة أو تصريف كل أو بعض أصول المدين الكائنة في هذه الدولة إلى الممثل الأجنبي أو إلى شخص آخر تعينه المحكمة، وذلك من أجل حماية وصون قيمة هذه الأصول التي تكون بحكم طبيعتها أو الظروف المحيطة بها، قابلة للتلف أو عرضة لتدني قيمتها، أو تتهددها مخاطر أخرى؛

(ج) أي تدبير من تدابير الانتصاف المذكورة في الفقرة ١ (ج) و(د) و(ز) من المادة ٢١.

٢- [تدرج أحكام تتعلق بالإشعار (أو يشار إلى الأحكام السارية في الدولة المشترعة.]

٣- ما لم يمدد مفعول الانتصاف بمقتضى الفقرة ١ (و) من المادة ٢١، فإنّ الانتصاف الممنوح بمقتضى هذه المادة ينتهي عند البت في طلب الاعتراف.

٤- يجوز للمحكمة أن ترفض منح الانتصاف بمقتضى هذه المادة إذا كان هذا الانتصاف يعرقل إدارة إجراء أجنبي رئيسي.

الفقرة ١

١٣٥- تتناول المادة ١٩ الانتصاف الذي تكون هنالك "حاجة ملحة" إليه والذي يجوز للمحكمة أن تأمر به بناء على سلطتها التقديرية ويكون متاحا اعتبارا من وقت طلب الاعتراف (خلافا للانتصاف المتاح بمقتضى المادة ٢١، الذي هو تقديري أيضا ولكنه لا يتاح إلا عند الاعتراف).

١٣٦- وتجيز المادة ١٩ للمحكمة أن تمنح نوع الانتصاف الذي لا يكون متاحا في العادة الا في إجراءات الإعسار الجماعية (أي نوع الانتصاف ذاته المتاح بمقتضى المادة ٢١)، خلافا لنوع الانتصاف "الفردي" الذي يمكن منحه قبل بدء إجراءات الإعسار بمقتضى قانون الإجراءات المدنية (أي التدابير التي تتناول أصولا معينة يحددها الدائن). غير أن الانتصاف "الجماعي" التقديري المتاح في إطار المادة ١٩ أضيق نوعا ما من الانتصاف المتاح في إطار المادة ٢١.

١٣٧- وسبب توفّر التدابير الجماعية، ولو في شكل محدود، هو أنه يمكن أن تكون هنالك حاجة ملحة إلى الانتصاف ذي الطابع الجماعي قبل البت في الاعتراف حماية لأصول المدين ومصالح الدائنين. فمن شأن استبعاد الانتصاف الجماعي أن يحبط هذه الأهداف. ومن ناحية

أخرى، لا يكون الاعتراف قد منح بعد، وبالتالي فإنّ الانتصاف الجماعي مقصور على التدابير العاجلة والمؤقتة. وثمة اشارة إلى الحاجة الملحة إلى هذه التدابير في العبارة الافتتاحية للفقرة ١، بينما تفرض الفقرة الفرعية ١ (أ) قيودا على وقف إجراءات الحجز، كما أن التدبير المشار إليه في الفقرة الفرعية ١ (ب) مقصور على الأصول القابلة للتلف والأصول التي هي عرضة لانخفاض قيمتها أو مخاطر أخرى. ومع ذلك، فإنّ التدابير المتاحة في إطار المادة ١٩ هي أساسا نفس التدابير المتاحة في إطار المادة ٢١.

الفقرة ٢

١٣٨- تتضمّن قوانين دول عديدة اشتراطات بشأن الإشعار الواجب توجيهه (من جانب مدير الإعسار لدى صدور أمر المحكمة أو من جانب المحكمة ذاتها) عندما يمنح انتصاف من النوع المذكور في المادة ١٩. والفقرة ٢ هي الموضع الذي ينبغي للدولة المشترعة أن تدرج فيه حكما ملائما بشأن هذا الإشعار.

الفقرة ٣

١٣٩- الانتصاف المتاح في إطار المادة ١٩ مؤقت من حيث أن مفعوله ينتهي، حسبما تنص عليه الفقرة ٣، عندما يبت في طلب الاعتراف؛ غير أنه تتاح للمحكمة فرصة تمديد هذا التدبير، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية ١ (و) من المادة ٢١. وربما تود المحكمة فعل ذلك، مثلا، لتجنب حصول فجوة زمنية بين التدبير المؤقت الصادر قبل الاعتراف والتدبير الصادر بعد الاعتراف.

الفقرة ٤

١٤٠- تسعى الفقرة ٤ لتحقيق الهدف ذاته الذي تقوم عليه الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٣٠، وهو أنه إذا كان هنالك إجراء رئيسي أجنبي لم يبت فيه بعد، فيجب أن يكون أي انتصاف يمنح لصالح إجراء أجنبي غير رئيسي متسقا مع الإجراء الأجنبي الرئيسي (أو لا ينبغي له أن يتعارض معه). ومن أجل تعزيز هذا التنسيق للانتصاف السابق للاعتراف مع أي إجراء أجنبي رئيسي، تشترط الفقرة ٣ من المادة ١٥ على الممثل الأجنبي الذي يطلب الاعتراف أن يكون طلبه مشفوعا ببيان يحدد جميع ما هو معروف لديه من إجراءات أجنبية متعلقة بالمدين.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٣٤-٤٦.

A/CN.9/419، الفقرات ١٧٤-١٧٧.

A/CN.9/422، الفقرات ١١٦ و١١٩ و١٢٢ و١٢٣.

A/CN.9/433، الفقرات ١١٠- ١١٤.

A/CN.9/435، الفقرات ١٧-٢٣.

المادة ٢٠- آثار الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي

١- لدى الاعتراف بإجراء هو إجراء أجنبي رئيسي:

(أ) يوقف البدء أو الاستمرار في الدعاوى أو الإجراءات المنفردة التي تخص أصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه؛

(ب) يوقف التنفيذ على أصول المدين؛

(ج) يعلق الحق في نقل أي من أصول المدين أو إثقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر.

٢- يخضع نطاق، وتعديل أو إنهاء، التوقيف والتعليق المشار إليهما في الفقرة ١ من هذه المادة، لأحكام [يشار إلى أحكام القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة، والتي تنطبق على الاستثناءات أو القيود أو التعديلات أو الإنهاء فيما يتعلق بالوقف والتعليق المشار إليهما في الفقرة ١ من هذه المادة].

٣- لا تمس الفقرة ١ (أ) من هذه المادة بالحق في طلب البدء بدعاوى أو إجراءات منفردة، بقدر ما يكون ذلك ضروريا للحفاظ على مطالبة بدين تجاه المدين.

٤- لا تمس الفقرة ١ من هذه المادة بالحق في طلب البدء بإجراء بموجب [تذكر القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] أو الحق في إيداع دعاوى مطالبة بالديون في مثل هذا الإجراء.

١٤١- بينما كان الانتصاف بموجب المادتين ١٩ و٢١ تقديريا فإنّ الآثار التي تترتب على المادة ٢٠ ليست كذلك، لأنها تنبع تلقائيا من الاعتراف بالإجراء الأجنبي الرئيسي. وثمة فرق آخر بين الانتصاف التقديري بموجب المادتين ١٩ و٢١ والآثار المترتبة على المادة ٢٠، وهو أن الانتصاف التقديري يمكن منحه لصالح الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية، بينما لا تسري الآثار التلقائية الا على الإجراءات الرئيسية.

١٤٢- وفي الدول التي يلزم فيها أمر قضائي ملائم لكي تصبح آثار المادة ٢٠ نافذة، ينبغي للدولة المشترعة، لكي تحقق هدف هذه المادة، أن تدرج (ربما في العبارة الافتتاحية للفقرة ١) صيغة تطلب فيها من المحكمة إصدار أمر يضع موضع التنفيذ النتائج المحدّدة في الفقرات الفرعية (أ) إلى (ج) من تلك الفقرة.

١٤٣- والنتائج التلقائية المنصوص عليها في المادة ٢٠ ضرورية للتمكين من اتخاذ تدابير لإعداد إجراء منتظم وعادل بشأن الإعسار عبر الحدود. وتحقيقا لهذه المزايا، ثمة ما يبرر أن تفرض على المدين المعسر نتائج المادة ٢٠ في الدولة المشترعة (أي البلد الذي فيه للمدين تواجد محدود في مجال الأعمال التجارية)، حتى إذا كانت الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية تضع شروطا مختلفة (ربما أقل صرامة) لبدء إجراءات الإعسار أو حتى إذا كانت الآثار التلقائية لإجراء الإعسار في بلد المنشأ مختلفة عن آثار المادة ٢٠ في الدولة المشترعة. ويعكس هذا النهج مبدأ أساسيا يقوم عليه القانون النموذجي، وهو مبدأ بموجبه تترتب على اعتراف محكمة الدولة المشترعة بالإجراءات الأجنبية آثار تعتبر ضرورية لإدارة إعسار عبر الحدود على نحو منتظم وعادل. ولذلك، فإنّ للاعتراف آثاره الخاصة به، بدلا

من استيراد نتائج القانون الأجنبي إلى نظام الإعسار في الدولة المشترعة. وإذا أحدث الاعتراف في حالة معينة نتائج من شأنها أن تكون مخالفة للمصالح المشروعة لأحد الأطراف المعنية، ومنها المدين، فإنّه ينبغي لقانون الدولة المشترعة أن يتيح امكانيات لحماية تلك المصالح، وفقا لما هو مبين في الفقرة ٢ من المادة ٢٠ (ووفقا لما جرت مناقشته الفقرة ١٤٩ أدناه).

١٤٤- وبموجب الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢، تمتد آثار الاعتراف أيضا إلى "الإجراءات المؤقتة" الأجنبية. وهذا الحل ضروري لأنه، وفقا لما هو مبين في الفقرة ٦٩ أعلاه، لا ينبغي تمييز الإجراءات المؤقتة (شريطة أن تستوفي الشروط المنصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من المادة ٢) عن إجراءات الإعسار الأخرى لمجرد كونها ذات طابع مؤقت. وإذا لم يعد "للإجراء المؤقت" الأجنبي، بعد الاعتراف، أساس كاف للآثار التلقائية للمادة ٢٠، أمكن إنهاء الايقاف التلقائي عملا بقانون الدولة المشترعة، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة ٢ من المادة ٢٠. (انظر أيضا المادة ١٨ التي تتناول التزام الممثل الأجنبي "اخطار المحكمة على الفور بأي تغير جوهري في حالة الإجراء الأجنبي المعترف به أو حالة تعيين الممثل الأجنبي").

١٤٥- والفقرة ١ (أ)، بعدم تمييزها بين مختلف أنواع الدعاوى الفردية، تغطي أيضا الدعاوى التي تحال إلى هيئة تحكيم. وهكذا، فإنّ المادة ٢٠ تنشىء قيدا إلزاميا لسريان مفعول اتفاق تحكيم. ويضاف هذا القيد إلى قيود ممكنة أخرى تحد من حرية الأطراف في الاتفاق على التحكيم تمكن أن تكون موجودة في إطار قانون وطني (مثل القيود المتعلقة بالقابلية للتحكيم أو المتعلقة بالأهلية لابرام اتفاق تحكيم). ولا تتعارض هذه القيود مع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها لسنة ١٩٥٨.[ف] ولكن، ومراعاة لخصائص التحكيم الدولي، ولا سيما استقلاله النسبي عن النظام القانوني للدولة التي يحصل فيها إجراء التحكيم، قد لا يكون ممكنا دائما، من الناحية العملية، تنفيذ الايقاف التلقائي لإجراءات التحكيم. فمثلا، إذا لم يحصل التحكيم في الدولة المشترعة، وربما لم يحصل أيضا في دولة الإجراء الرئيسي، قد يكون من الصعب انفاذ ايقاف إجراءات التحكيم. وبصرف النظر عن ذلك، يمكن أن تكون مصالح الأطراف سببا للسماح بمواصلة إجراء التحكيم، وهي إمكانية متوخاة في الفقرة ٢ ومتروكة لأحكام قانون الدولة المشترعة.

١٤٦- ولا تشير الفقرة ١ (أ) إلى "الدعاوى المنفردة" فحسب بل تشير أيضا إلى "الإجراءات المنفردة"، وذلك لكي تشمل أيضا، إضافة إلى "الدعاوى" التي يقيمها الدائنون في محكمة ما على المدين أو أصوله، التدابير الانفاذية التي يتخذها الدائنون خارج النظام القضائي، وهي التدابير التي يخول للدائنين اتخاذها بموجب شروط معينة في بعض الدول. وقد أضيفت الفقرة

١ (ب) لكي يصبح واضحا كل الوضوح أن ايقاف التنفيذ يشمل تدابير الحجز على أصول المدين.

١٤٧– ولا يتطرق القانون النموذجي إلى العقوبات التي يمكن أن تطبق على الأفعال التي ترتكب انتهاكا لتعليق عمليات نقل الأصول المنصوص عليه في الفقرة ١ (ج) من المادة ٢٠. وتتباين هذه العقوبات رهنا بالنظم القانونية؛ ويمكن أن تشمل العقوبات الجنائية والجزاءات والغرامات، أو يمكن أن تكون هذه الأفعال ذاتها لاغية أو يمكن إبطالها. والهدف الرئيسي لهذه العقوبات يتمثل، من وجهة نظر الدائنين، في تيسير الاسترداد لغرض الإجراء المتعلق بالإعسار لأي أصول ينقلها المدين نقلا غير صحيح، وأن إبطال هذه المعاملات المالية، لهذا الغرض، يفضّل على فرض عقوبات جنائية أو ادارية على المدين.

الفقرة ٢

١٤٨– بالرغم من الطابع "التلقائي" أو "الإلزامي" للآثار المترتبة بموجب المادة ٢٠، فقد جرى النص صراحة على أن نطاق هذه الآثار يتوقف على الاستثناءات أو القيود التي يمكن أن توجد في قانون الدولة المشترعة. ويمكن أن تتعلق هذه الاستثناءات، مثلا، بانفاذ مطالبات صادرة عن دائنين مكفولين بضمانات، أو قيام المدين بالسداد أثناء سير الأعمال العادي، أو رفع دعوى قضائية بشأن مطالبات نشأت بعد بدء إجراء الإعسار (أو بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي)، أو اتمام الصفقات المبرمة في السوق المالية المفتوحة.

١٤٩– وقد يكون من المستصوب أحيانا أن تعدل المحكمة آثار المادة ٢٠ أو تنهيها. وتختلف القواعد التي تنظم سلطة المحكمة للقيام بذلك. ففي بعض النظم القانونية، يخول للمحاكم القيام باستثناءات فردية بناء على طلب طرف معين، وفقا لشروط ينص عليها القانون المحلي، بينما لا تملك المحاكم في نظم قانونية أخرى هذه السلطة، تمشيا مع المبدأ الذي مفاده أن المحاكم لا تملك بوجه عام سلطة إبطال تطبيق قاعدة قانونية إلزامية. فإذا اقتضى الأمر منح المحاكم هذه السلطة، اشترطت بعض النظم القانونية في العادة وضع الأسس التي تستطيع المحكمة الاستناد إليها لتعديل أو إنهاء الآثار الإلزامية للاعتراف بموجب الفقرة ١ من المادة ٢٠. وبالنظر إلى هذه الحالة، تنص الفقرة ٢ من المادة ٢٠ على أن يخضع تعديل أو إنهاء الايقاف والتعليق المنصوص عليهما في المادة لأحكام قانون الدولة المشترعة فيما يتعلق بالإعسار.

١٥٠- وبوجه عام من المفيد أن تتاح للأشخاص المتضررين من الايقاف أو التعليق بموجب الفقرة ١ من المادة ٢٠ الفرصة لكي تستمع إليهم المحكمة، التي ينبغي السماح لها عندئذ بتعديل تلك الآثار أو انهائها. وقيام الدولة المشترعة بتوضيح الأحكام التي تنظم هذه المسألة أو الاشارة إليها سيكون متسقا مع أهداف القانون النموذجي.

الفقرة ٣

١٥١- لا يتطرق القانون النموذجي إلى مسألة ما إذا كانت فترة التقادم بشأن مطالبة ما تتوقف عن السريان عندما يكون صاحب المطالبة عاجزا عن بدء إجراءات فردية نتيجة للفقرة ١ (أ) من المادة ٢٠. ولا يمكن وضع قاعدة موحدة بشأن هذه المسألة؛ ولكن، نظرا لضرورة حماية الدائنين من خسران مطالباتهم بسبب الايقاف عملا بتلك الفقرة الفرعية، أضيفت الفقرة ٣ لتخويل البدء بالدعوى الفردية بالقدر اللازم للحفاظ على المطالبات المقدمة ضد المدين. وحالما يتم الحفاظ على المطالبة، تظل الدعوى مشمولة بالايقاف.

١٥٢- وقد تبدو الفقرة ٣ غير ضرورية في دولة يؤدي فيها طلب "التسديد أو الأداء" الذي يرفعه الدائن على المدين إلى توقف سريان فترة التقادم، أو يؤدي فيها الايقاف الذي من النوع المتوخى في الفقرة الفرعية ١ (أ) إلى توقف سريان فترة التقادم. ولكن يمكن أن تكون الفقرة ٣ مفيدة حتى في هذه الدول لأن مسألة توقف سريان فترة التقادم يمكن، وفقا للقواعد المتعلقة بتنازع القوانين، أن يحكمها قانون دولة غير الدولة المشترعة؛ وعلاوة على ذلك، ستكون هذه الفقرة مفيدة بصفتها ضمانا للمطالبين الأجانب يكفل عدم تعرض مطالباتهم للاجحاف في الدولة المشترعة.

الفقرة ٤

١٥٣- توضح الفقرة ٤ فقط أن الايقاف أو التعليق التلقائي عملا بالمادة ٢٠ لا يمنع أحدا، بما في ذلك الممثل الأجنبي أو الدائنون الأجانب، من التماس بدء إجراء إعسار محلي ومن المشاركة في ذلك الإجراء. وقد تم عموما تناول الحق في طلب البدء بإجراء إعسار محلي والمشاركة فيه في المواد ١١ إلى ١٣. وإذا استهل إجراء محلي فعلا، فإنّ المادة ٢٩ تتناول التنسيق بين الإجراءين الأجنبي والمحلي.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٤٧-٦٠.

A/CN.9/419، الفقرات ١٣٧-١٤٣.

A/CN.9/422، الفقرات ٩٤-١١٠.

A/CN.9/433، الفقرات ١١٥-١٢٦.

A/CN.9/435، الفقرات ٢٤-٤٨.

المادة ٢١- الانتصاف الذي يجوز منحه بعد الاعتراف بإجراء أجنبي

١- بمجرد الاعتراف بإجراء، سواء أكان رئيسيا أم غير رئيسي، يجوز للمحكمة، حيث تقتضي الضرورة حماية أصول المدين أو مصالح الدائنين، وبناء على طلب الممثل الأجنبي، أن تمنح أي انتصاف مناسب، بما في ذلك:

(أ) وقف البدء أو الاستمرار في الدعاوى أو الإجراءات المنفردة المتعلقة بأصول المدين أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه، ما لم تكن قد أوقفت بموجب الفقرة (١) (أ) من المادة ٢٠؛

(ب) وقف التنفيذ على أصول المدين، ما لم يكن قد أوقف بموجب الفقرة (١) (ب) من المادة ٢٠؛

(ج) تعليق الحق في نقل أي من أصول المدين أو إثقالها بعبء أو التصرف فيها على نحو آخر، ما لم يكن ذلك الحق قد علق بموجب الفقرة (١) (ج) من المادة ٢٠؛

(د) اتخاذ التدابير اللازمة لاستجواب الشهود أو جمع القرائن أو تسليم المعلومات المتعلقة بأصول المدين أو شؤونه أو حقوقه أو التزاماته أو خصومه؛

(هـ) اسناد مهمة إدارة أو تصريف كل أو بعض أصول المدين الكائنة في هذه الدولة إلى الممثل الأجنبي أو إلى أي شخص آخر تعينه المحكمة؛

(و) تمديد مفعول الانتصاف الممنوح بموجب الفقرة (١) من المادة ١٩؛

(ز) منح أي انتصاف اضافي قد يكون متاحا لـ [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية التصفية أو إعادة التنظيم بموجب قانون الدولة المشترعة] بموجب قوانين هذه الدولة.

٢- بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي أو غير رئيسي، يجوز للمحكمة أن تعهد إلى الممثل الأجنبي بناء على طلبه أو إلى أي شخص آخر تعينه المحكمة، بتوزيع كل أو بعض أصول المدين الكائنة في هذه الدولة، بشرط أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن مصالح الدائنين في هذه الدولة تحظى بالحماية الكافية.

٣- عند منح الانتصاف بموجب هذه المادة إلى ممثل إجراء أجنبي غير رئيسي، لا بد أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن الانتصاف يتعلق بأصول تدار، بموجب قانون هذه الدولة، ضمن الإجراء الأجنبي غير الرئيسي أو يتصل بمعلومات مطلوبة في هذا الإجراء الأجنبي غير الرئيسي.

١٥٤- إن الانتصاف الذي يلي الاعتراف بموجب المادة ٢١ هو تقديري، شأنه في ذلك شأن الانتصاف الذي يسبق الاعتراف بموجب المادة ١٩. وأنواع الانتصاف المذكورة في الفقرة ١ من المادة ٢١ هي أنواع نموذجية أو أشيع أنواع الانتصاف في إجراءات الإعسار؛ غير أن هذه القائمة ليست حصرية ولا تقيد، على نحو غير ضروري، قدرة المحكمة على منح أي نوع من أنواع الانتصاف يتاح بموجب قانون الدولة المشترعة ويكون ضروريا في الظروف المحيطة بالحالة.

١٥٥- وينطبق على الفقرة الفرعية ١ (أ) من المادة ٢١ أيضا التفسير المتعلق باستخدام تعبيري "الدعاوى المنفردة" و "الإجراءات المنفردة" في الفقرة الفرعية ١ (أ) من المادة ٢٠ وبما تشمله إجراءات الحجز (انظر الفقرتين ١٤٥ و١٤٦ أعلاه).

١٥٦- ويجوز للمحكمة، بحكم طبيعة الانتصاف التقديري، أن تحدد نوع الانتصاف وفقا للحالة المعروضة عليها. وهذه الفكرة تدعمها الفقرة ٢ من المادة ٢٢، التي تنص على أنه يجوز للمحكمة أن تخضع الانتصاف الممنوح لما تراه مناسبا من الشروط.

الفقرة ٢

١٥٧- إن "تسليم" الأصول إلى الممثل الأجنبي (أو إلى شخص آخر)، مثلما هو منصوص عليه في الفقرة ٢ يخضع لحرية التقدير. وتجدر الملاحظة أن القانون النموذجي يحتوي على عدة ضمانات ترمي إلى كفالة حماية المصالح المحلية قبل تسليم الأصول إلى الممثل الأجنبي. وتشمل هذه الضمانات ما يلي: الإعلان العام لمبدأ حماية المصالح المحلية الوارد في الفقرة ١ من المادة ٢٢؛ والنص في الفقرة ٢ من المادة ٢١ على أنه لا ينبغي للمحكمة أن تأذن بتسليم الأصول إلى أن تتأكد من حماية مصالح الدائنين المحليين؛ والفقرة ٢ من المادة ٢٢ التي تجيز للمحكمة أن تخضع الانتصاف الذي تمنحه لما تراه مناسبا من الشروط.

الفقرة ٣

١٥٨- ثمة عامل بارز ينبغي أخذه في الحسبان عند تحديد نوع الانتصاف وهو ما إذا كان الانتصاف يخص إجراء أجنبيا رئيسيا أو غير رئيسي. ومصالح وسلطة ممثل إجراء أجنبي غير رئيسي هما من الناحية النموذجية أضيق مجالا من مصالح وسلطة ممثل إجراء أجنبي رئيسي، يسعى في العادة إلى السيطرة على جميع أصول المدين المعسر. وتجسد الفقرة ٣ هذه الفكرة بالنص على: (أ) أن يكون الانتصاف الممنوح لإجراء أجنبي غير رئيسي مقصورا على الأصول التي يفترض أن تدار في ذلك الإجراء غير الرئيسي، و(ب) أنه إذا التمس الممثل الأجنبي معلومات تخص أصول المدين أو شؤونه، وجب أن يخص الانتصاف المعلومات المطلوبة في ذلك الإجراء. والهدف من ذلك هو تنبيه المحكمة إلى أن الانتصاف لصالح إجراء أجنبي غير رئيسي لا ينبغي أن يمنح الممثل الأجنبي، على نحو غير ضروري، سلطات واسعة وأن هذا الانتصاف لا ينبغي أن يتعارض مع إدارة إجراء إعسار آخر، ولا سيما الإجراء الرئيسي.

١٥٩- ويجسد الحكم "بموجب قانون هذه الدولة" المبدأ الذي يقوم عليه القانون النموذجي والذي مفاده أن الاعتراف بإجراء أجنبي لا يعني تمديد آثار الإجراء الأجنبي على النحو الذي قد ينص عليه قانون الدولة الأجنبية. وبدلا من ذلك، فإنّ الاعتراف بإجراء أجنبي يستتبع تحقيق نتائج للإجراء الأجنبي متوخاة في قانون الدولة المشترعة.

١٦٠- والفكرة التي تقوم عليها الفقرة ٣ من المادة ٢١ مجسدة أيضا في الفقرة ٤ من المادة ١٩ (الانتصاف السابق للاعتراف)، والفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢٩ (تنسيق الإجراء الأجنبي مع الإجراء المحلي) والمادة ٣٠ (التنسيق بين أكثر من إجراء أجنبي واحد).

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٦١-٧٣.

A/CN.9/419، الفقرات ١٤٨-١٥٢ و١٥٤-١٦٦.

A/CN.9/422، الفقرات ١١١-١١٣.

A/CN.9/433، الفقرات ١٢٧-١٣٤ و١٣٨ و١٣٩.

A/CN.9/435، الفقرات ٤٩-٦١.

المادة ٢٢- حماية الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين

١- لدى منح أو رفض الانتصاف بموجب المادة ١٩ أو ٢١، أو لدى تعديل أو إنهاء الانتصاف بموجب الفقرة ٣ من هذه المادة، يجب على المحكمة أن تتأكد من أن مصالح الدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين بمن في ذلك المدين، تحظى بحماية كافية.

٢- يجوز للمحكمة أن تخضع الانتصاف الممنوح بموجب المادة ١٩ أو ٢١، لما تراه مناسبا من شروط.

٣- يجوز للمحكمة، بناء على طلب الممثل الأجنبي أو شخص تضرر من الانتصاف الممنوح بموجب المادة المادة ١٩ أو ٢١، أو بناء على مبادرة منها، أن تعدل أو تنهي هذا الانتصاف.

١٦١- الفكرة التي تقوم عليها المادة ٢٢ هي أنه ينبغي أن يكون هنالك توازن بين الانتصاف الذي يمكن منحه للممثل الأجنبي ومصالح الأشخاص الذين يمكن أن يتضرروا من هذا الانتصاف. وهذا التوازن أساسي لتحقيق أهداف القوانين المتعلقة بالإعسار عبر الحدود.

١٦٢- وتوفّر الاشارة الواردة في الفقرة ١ من المادة ٢٢ إلى مصالح الدائنين والمدين وغيرهم من الأطراف المعنية عناصر مفيدة لارشاد المحكمة في ممارسة سلطاتها بموجب المادة ١٩ أو المادة ٢١. ومن أجل تمكين المحكمة من تحديد نوع الانتصاف تحديدا أفضل، يخول للمحكمة بشكل واضح أن تخضع الانتصاف لشروط (الفقرة ٢) وأن تعدل الانتصاف الممنوح أو تنهيه (الفقرة ٣). وثمة خاصية إضافية للفقرة ٣ وهي أنها تمنح صراحة الأطراف

التي يمكن أن تتضرر من نتائج المادتين ١٩ و٢١ الحق في أن تلتمس من المحكمة تعديل هذه النتائج وإنهاءها. وبصرف النظر عن ذلك، يقصد من المادة ٢٢ أن تكون سارية في سياق النظام الإجرائي للدولة المشترعة.

١٦٣- وفي العديد من الحالات، سيكون الدائنون "المحليون" هم الدائنون المتضررون. ومع ذلك، ليس مستصوبا عند سَنّ المادة ٢٢ محاولة حصرها في الدائنين المحليين. وستقتضي أي اشارة صريحة إلى الدائنين المحليين في الفقرة ١ ادراج تعريف لهؤلاء الدائنين. وأي محاولة لصوغ هذا التعريف (ووضع معايير يمكن بواسطتها لفئة معينة من الدائنين تلقي معاملة خاصة) لن تكشف صعوبة صوغ هذا التعريف فحسب، بل ستكشف أيضا أنه ليس هنالك ما يبرر التمييز بين الدائنين استنادا إلى معايير كمحل الأعمال أو الجنسية.

١٦٤- وترتبط حماية جميع الأشخاص المعنيين بالأحكام الواردة في القوانين الوطنية بشأن متطلبات الإشعار؛ ويمكن أن تكون هذه هي متطلبات إعلان عام بقصد إبلاغ الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا معنيين (كالدائنين المحليين أو الوكلاء المحليين لمدين ما مثلا) بأنه تم الاعتراف بإجراء أجنبي، أو يمكن أن تكون هنالك متطلبات تتعلق بالإشعارات الفردية التي يجب على المحكمة، بموجب قواعدها الإجرائية الخاصة، توجيهها إلى الأشخاص الذين يمكن أن يتضرروا مباشرة من الاعتراف أو الانتصاف الذي تمنحه المحكمة. وتتباين القوانين الوطنية من حيث شكل ووقت ومحتوى الإشعار اللازم تقديمه بشأن الاعتراف بالإجراءات الأجنبية، ولا يحاول القانون النموذجي تعديل هذه القوانين (انظر أيضا الفقرة ١٣٢ أعلاه).

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٨٢-٩٣.

A/CN.9/422، الفقرة ١١٣.

A/CN.9/433، الفقرات ١٤٠-١٤٦.

A/CN.9/435، الفقرات ٧٢-٧٨.

المادة ٢٣- الدعاوى الرامية إلى تفادي الأفعال الضارة بالدائنين

١- عند الاعتراف بإجراء أجنبي، يحق للممثل الأجنبي بحكم وضعه أن يقيم [يشار إلى أنواع الدعاوى الرامية إلى اجتناب أو إبطال الأفعال الضارة بالدائنين، المتاحة في هذه الدولة لشخص أو هيئة تناط بها أو به إدارة عملية إعادة التنظيم أو التصفية].

٢- عندما يكون الإجراء الأجنبي إجراء أجنبيا غير رئيسي، لا بد أن تكون المحكمة مطمئنة إلى أن الدعوى تتعلق بأصول تدار، بموجب قانون هذه الدولة، ضمن الإجراء الأجنبي غير الرئيسي.

١٦٥-بموجب قوانين وطنية عديدة، يحق لكل من الدائنين الفرديين ومديري الإعسار رفع دعاوى لتفادي أو إبطال مفعول الأفعال الضارة بالدائنين. وحيث أن هذا الحق يعود إلى دائنين فرديين، فهو لا يخضع في كثير من الأحيان لقانون الإعسار وانما لأحكام قانونية عامة (كالقانون المدني)؛ وهذا الحق لا يرتبط بالضرورة بوجود إجراء إعسار ضد المدين، وذلك حتى يتسنى إقامة دعوى قبل بدء هذا الإجراء. والشخص الذي يتمتع بهذا الحق هو من الناحية النموذجية دائن متضرر لا غير وليس شخصا آخر كمدير الإعسار. وعلاوة على ذلك، فإنّ الشروط التي تخضع لها هذه الدعاوى التي يقيمها دائنون فرديون مختلفة عن الشروط السارية على دعاوى مماثلة يمكن لمدير إعسار بدؤها. والحق الإجرائي الذي تمنحه المادة ٢٣ لا يسري الا على الدعاوى المتاحة لمدير الإعسار المحلي في سياق إجراء إعسار، وهذه المادة لا تساوي بين الممثل الأجنبي والدائنين الفرديين الذين يمكن أن تكون لهم حقوق مماثلة في إطار مجموعة مختلفة من الشروط. ودعاوى الدائنين الفرديين هذه تندرج خارج نطاق المادة ٢٣.

١٦٦-وينص القانون النموذجي صراحة على أن للممثل الأجنبي "الحق" (وهو مفهوم يشار إليه في بعض النظم بعبارات مثل "اضفاء الصفة الشرعية الفعلية من الناحية الإجرائية" أو "اضفاء الصفة الشرعية الفعلية" أو "اضفاء الصفة الشرعية") لرفع دعاوى لتفادي أو إبطال مفعول الأفعال القانونية الضارة بالدائنين. وقد صيغ هذا الحكم بشكل ضيق إذ أنه لا ينشيء أي حق جوهري بشأن هذه الدعاوى كما أنه لا يقدم أي حل يتعلق بتنازع القوانين. وأثر هذا الحكم هو أنه ليس هنالك ما يمنع الممثل الأجنبي من رفع هذه الدعاوى لمجرد أنه ليس مدير الإعسار الذي عيّن في الدولة المشترعة.

١٦٧- ولا يخلو منح الحق الإجرائي للممثل الأجنبي في رفع هذه الدعاوى من الصعوبات. وتجدر الاشارة بوجه خاص، إلى أنه قد لا ينظر إلى هذه الدعاوى نظرة ايجابية لما يحتمل أن تحدثه من حيرة حول الصفقات التي أبرمت أو نفذت. ولكن، نظرا إلى أن الحق في بدء هذه الدعاوى أساسي لحماية سلامة أصول المدين، وكثيرا ما يكون السبيل الواقعي الوحيد لتحقيق هذه الحماية، فقد اعتبر من الهام ضمان عدم انكار هذا الحق على الممثل الأجنبي لمجرد أنه لم يعين محليا.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٢١٠-٢١٦.

A/CN.9/433، الفقرة ١٣٤.

A/CN.9/435، الفقرات ٦٢-٦٦.

المادة ٢٤- تدخّل الممثل الأجنبي في الإجراءات في هذه الدولة

بمجرد الاعتراف بإجراء أجنبي، يجوز للممثل الأجنبي أن يتدخل في أي إجراءات يكون المدين طرفا فيها، شريطة استيفاء الشروط القانونية لهذه الدولة.

١٦٨- الهدف من المادة ٢٤ هو تجنب حرمان الممثل الأجنبي من حق التدخل في الإجراءات لمجرد أن القوانين الإجرائية قد لا تكون توخت وجود الممثل الأجنبي في عداد الذين لهم هذا الحق. وتنطبق هذه المادة على الممثلين الأجانب في كل من الإجراءات الرئيسية وغير الرئيسية.

١٦٩- والمقصود من عبارة "يتدخل"، في سياق المادة ٢٠، هو الاشارة إلى الحالات التي يظهر فيها الممثل الأجنبي أمام المحكمة ويدلي بأقوال في الإجراءات، سواء أكانت تلك الإجراءات دعاوى قضائية فردية أم إجراءات أخرى (بما في ذلك الإجراءات الخارجة عن نطاق القضاء) يتخذها المدين ضد طرف ثالث، أو إجراءات يتخذها طرف ثالث ضد المدين. ولا يمكن أن تكون الإجراءات التي يجوز أن يتدخل فيها الممثل الأجنبي سوى الإجراءات التي لم توقف بموجب الفقرة ١ (أ) من المادة ٢٠ أو الفقرة ١ (أ) من المادة ٢١.

١٧٠- وتقتصر المادة ٢٤ على تهيئة وضعية إجرائية، وهي توضح (بالنص على أنه "شريطة استيفاء الشروط القانونية لهذه الدولة") أن جميع الشروط الأخرى التي ينص القانون المحلي على وجوب توافرها لكي يتمكن الشخص من التدخل- تظل قائمة.

١٧١- ويتوخى كثير من القوانين الإجرائية الوطنية، إن لم يكن كلها، حالات يجوز فيها أن تسمح المحكمة للطرف (وهو في هذه المادة الممثل الأجنبي) الذي يبرهن على أن له مصلحة قانونية في نتيجة نزاع بين طرفين آخرين، بأن يدلي بأقوال في الإجراءات. وتشير تلك القوانين الإجرائية إلى تلك الحالات بعبارات متباينة، منها عبارة "التدخل" التي تستخدم في كثير من الأحيان. وإذا كانت الدولة المشترعة تستعمل عبارة أخرى للدلالة على ذلك المفهوم فسيكون من الملائم استخدام تلك العبارة الأخرى في اشتراع المادة ٢٤.

١٧٢- وتشير عبارة "يشارك" بالمعنى الذي استخدمت به في سياق المادة ١٢ إلى الحالات التي يدلي فيها الممثل الأجنبي بأقوال في إجراء إعسار جماعي (انظر الفقرة ١٠٢ أعلاه)، في حين أن عبارة "يتدخل" بالمعنى الذي استخدمت به في المادة ٢٤ تتناول الحالات التي يشترك فيها الممثل الأجنبي في إجراءات تتعلق بدعوى فردية مقدمة من المدين أو ضده.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١١٧-١٢٣.

A/CN.9/422، الفقرتان ١٤٨ و١٤٩.

A/CN.9/433، الفقرتان ٥١ و٥٨.

A/CN.9/435، الفقرات ٧٩-٨٤.

واو- الفصل الرابع- التعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب

١٧٣- الفصل الرابع (المواد ٢٥-٢٧) بشأن التعاون عبر الحدود هو عنصر جوهري في القانون النموذجي. والهدف منه هو تمكين المحاكم ومديري الإعسار في دولتين أو أكثر من تحقيق الكفاءة واحراز نتائج مثلى. وكثيرا ما يكون التعاون، بصيغته المبينة في الفصل، هو الطريقة الواقعية الوحيدة للنجاح مثلا في منع تبديد الأصول؛ أو لرفع قيمة الأصول إلى الحد

الأقصى (مثلا عندما تكون قيمة بنود المعدات الانتاجية الموجودة في دولتين أكبر إذا بيعت مجتمعة منها إذا بيعت متفرقة)؛ أو التوصل إلى أفضل الحلول لإعادة تنظيم المنشأة.

١٧٤- ولا تقتصر المادتان ٢٥ و٢٦ على الاذن بالتعاون عبر الحدود بل تأمران به بالنص على أن المحكمة ومدير الإعسار يتعاونان "إلى أقصى حد ممكن". وترمي هاتان المادتان إلى تدارك مشكلة افتقار شائع في القوانين الوطنية إلى قواعد تهيىء أساسا قانونيا لتعاون المحاكم المحلية مع المحاكم الأجنبية في معالجة حالات الإعسار عبر الحدود. وسيكون اشتراع ذلك الأساس القانوني مفيدا بصفة خاصة في النظم القانونية التي تكون فيها السلطة التقديرية المخولة للقضاة للعمل خارج مجالات التفويض القانوني الصريح سلطة محدودة. ومن جهة أخرى، اتضح أنه حتى في الولايات القضائية التي درجت على إعطاء حرية أكبر للقضاة، كان سَنّ إطار تشريعي للتعاون أمرا مفيدا.

١٧٥- وبقدر ما يكون التعاون القضائي عبر الحدود في الدولة المشترعة مستندا إلى مبادىء المجاملة بين الدول، فإنّ اشتراع المواد من ٢٥ إلى ٢٧ يتيح فرصة لاضفاء مزيد من المحسوسية على ذلك المبدأ وجعله أكثر ملاءمة للظروف المعينة التي تحيط بحالات الإعسار عبر الحدود.

١٧٦- وفي الدول التي لا يكون فيها الأساس القانوني السليم للتعاون الدولي في مجال الإعسار عبر الحدود هو مبدأ "المجاملة" بل اتفاقا دوليا يستند إلى مبدأ المعاملة بالمثل (مثلا معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف أو رسائل متبادلة بين السلطات المتعاونة)، يمكن أن يتخذ الفصل الرابع من القانون النموذجي نموذجا لإعداد اتفاقات تعاون دولية من هذا القبيل.

١٧٧- وتترك المواد الواردة في الفصل الرابع للمحاكم أمر اتخاذ قرارات معينة، ولا سيما اتخاذ قرار بشأن وقت التعاون وكيفيته، كما تتركه - رهنا بإشراف المحاكم- لمديري الإعسار. ولا يشترط القانون النموذجي لتعاون المحكمة (أو لتعاون الشخص أو الهيئة المشار إليهما في المادتين ٢٥ و٢٦) مع محكمة أجنبية أو ممثل أجنبي، فيما يتعلق بإجراء أجنبي، وجود قرار رسمي سابق بالاعتراف بذلك الإجراء الأجنبي.

١٧٨- وقد شدد في ملتقى الأونسيترال والإينسول القضائي المتعدد الجنسيات الثاني حول الإعسار عبر الحدود على أهمية تخويل المحاكم مرونة وسلطة تقديرية في التعاون مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب. وفي ذلك الملتقى قدمت تقارير عن عدد من الحالات التي حدث فيها التعاون بالفعل، أدلى بها القضاة المعنيون بتلك الحالات. وانبثق من تلك التقارير عدد من النقاط التي يمكن تلخيصها على النحو التالي: (أ) أن الاتصال بين المحاكم أمر ممكن

وأن تعين توخى الحذر وتوفير الضمانات الملائمة لحماية الحقوق الموضوعية والإجرائية للأطراف؛ (ب) أن الاتصالات ينبغي أن تجرى علنا، مع تقديم إشعار مسبق إلى الأطراف المعنية وبحضور تلك الأطراف (إلا في الظروف الاستثنائية للغاية)؛ (ج) أن الاتصالات التي يمكن تبادلها متنوعة ومنها ما يلي: تبادل الأوامر أو القرارات الرسمية الصادرة عن المحاكم؛ وتقديم بيانات خطية غير رسمية بمعلومات وأسئلة وملاحظات عامة؛ وإرسال نسخ من إجراءات المحاكم؛ (د) أن وسائل الاتصال تشمل، مثلا، مرافق الهاتف والفاكس والبريد الالكتروني وأشرطة الفيديو؛ (هـ) أن الاتصال، حيثما يكون ضروريا ويستخدم بذكاء، يمكن أن ينطوي على فوائد كبيرة للمعنيين بالإعسار عبر الحدود والمتأثرين به.

المادة ٢٥- التعاون والاتصال المباشر بين محكمة هذه الدولة والمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب

١- في المسائل المشار إليها في المادة ١، تتعاون المحكمة إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، إما مباشرة أو عن طريق [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة].

٢- يحق للمحكمة الاتصال مباشرة بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب أو طلب المعلومات أو المساعدة المباشرة منهما.

١٧٩- المقصود من تخويل المحاكم قدرة- بمشاركة ملائمة من الأطراف - على الاتصال "مباشرة" وطلب المعلومات والمساعدة "مباشرة" من المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، هو تفادي استخدام الإجراءات التي تستخدم عادة وتستنفد الكثير من الوقت، مثل التفويضات الالتماسية. وتكون لهذه القدرة أهمية حاسمة عندما ترى المحاكم أنها ينبغي أن تتصرف بصفة عاجلة. ومن أجل التشديد على الطابع المرن للتعاون وإمكانية اتسامه بطابع الاستعجال، ربما ترى الدولة المشترعة أن من المفيد أن تدرج لدى اشتراع القانون النموذجي حكما صريحا يأذن للمحاكم، عندما تجري اتصالات عبر الحدود بموجب المادة ٢٥، بأن تتخلى عن الشكليات (مثل الاتصال عبر المحاكم العليا أو التفويضات الالتماسية أو غيرها من القنوات الدبلوماسية أو القنصلية) التي لا تتفق مع السياسة التي يستند إليها الحكم.

المادة ٢٦- التعاون والاتصال المباشر بين [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة] وبين المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب

١- في المسائل المشار إليها في المادة ١، يتعاون [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة] إلى أقصى حد ممكن في ممارسة وظائفه وتحت إشراف المحكمة إلى أقصى حد ممكن وتحت إشراف المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب.

٢- يحق لـ [تدرج صفة الشخص أو الهيئة التي تدير عملية إعادة التنظيم أو التصفية بموجب قانون الدولة المشترعة]، في ممارسة وظائفه وتحت إشراف المحكمة، الاتصال المباشر بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب.

١٨٠- يعكس إدراج المادة ٢٦ المتعلقة بالتعاون الدولي بين الأشخاص الذين يعينون لإدارة أصول المدينين المعسرين أهمية الدور الذي يمكن أن يقوم به أولئك الأشخاص في وضع وتنفيذ ترتيبات التعاون، في حدود بارامترات سلطتهم. ويوضح الحكم أن مدير الإعسار يتصرف تحت الإشراف العام للمحكمة المختصة (بالنص على أنه يتعاون: "في ممارسة وظائفه وتحت إشراف المحكمة"). ولا يعدل القانون النموذجي القواعد الموجودة بالفعل في قانون الإعسار في الدولة المشترعة بشأن الوظائف التي تؤديها المحكمة في الإشراف على أنشطة مدير الإعسار. وعلى وجه العموم فإنّ من أسس التعاون، من الناحية العملية، السماح لمديري الإعسار بدرجة من الحرية والمبادرة، في إطار الحدود العامة للإشراف القضائي؛ ولذلك يستصوب ألا تغير الدولة المشترعة ذلك لدى اشتراع القانون النموذجي. وعلى وجه الخصوص، لا ينبغي أن يكون هناك إيحاء بأنه سيلزم إذن خاص لكل اتصال بين المدير وهيئة أجنبية.

المادة ٢٧- أشكال التعاون

يجوز إقامة التعاون المشار إليه في المادتين ٢٥ و٢٦ بأي وسيلة مناسبة بما في ذلك:

(أ) تعيين شخص أو هيئة للتصرف بناء على توجيهات المحكمة؛

(ب) إبلاغ المعلومات بأي وسيلة تعتبرها المحكمة مناسبة؛

(ج) تنسيق إدارة أصول المدين وشؤونه والإشراف عليها؛

(د) موافقة المحاكم على الاتفاقات المتعلقة بتنسيق الإجراءات، أو قيامها بتنفيذها؛

(هـ) تنسيق الإجراءات المتزامنة المتعلقة بالمدين ذاته؛

(و) [يجوز للدولة أن تضيف قائمة بأشكال أو أمثلة إضافية للتعاون].

١٨١- تقترح المادة ٢٧ لكي تستخدمها الدولة المشترعة لتزويد المحاكم بقائمة استرشادية بأنواع التعاون التي تأذن بها المادتان ٢٥ و٢٦. ويمكن أن تكون تلك القائمة الاسترشادية مفيدة بوجه خاص في الدول التي لم تقطع شوطا بعيدا في مجال التعاون القضائي المباشر عبر الحدود، وفي الدول التي درجت على إتاحة قدر محدود من السلطة التقديرية القضائية. ولا ينبغي لأية قائمة بأشكال التعاون الممكن أن تفيد بأنها شاملة، لأن ذلك يمكن أن يؤدي، دون قصد، إلى استبعاد أشكال معينة من أشكال التعاون الملائمة.

١٨٢- وسيكون تنفيذ التعاون خاضعا لأية قواعد إلزامية منطبقة في الدولة المشترعة؛ فمثلا، في حالة طلبات الحصول على المعلومات، تنطبق القواعد التي تقيد إبلاغ المعلومات (لأسباب حماية سرية الخصوصيات، مثلا).

١٨٣- والفقرة الفرعية (و) من المادة ٢٧ هي موضع تستطيع فيه الدولة المشترعة أن تدرج أشكالا إضافية من أشكال التعاون الممكنة، والتي يمكن أن يكون من بينها مثلا، إيقاف أو إنهاء الإجراءات الحالية في الدولة المشترعة.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٢٤-١٢٩.

A/CN.9/419، الفقرات ٧٥ و٧٦ و٨٠-٨٣ و١١٨-١٣٣.

A/CN.9/422، الفقرات ١٢٩-١٤٣.

A/CN.9/433، الفقرات ١٦٤-١٧٢.

A/CN.9/435، الفقرات ٨٥-٩٤.

زاي- الفصل الخامس- الإجراءات المتزامنة

المادة ٢٨- بدء إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي

بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي، لا يجوز بدء إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] الا إذا كانت للمدين أصول في هذه الدولة؛ وتقتصر آثار هذا الإجراء على أصول المدين الكائنة في هذه الدولة، ويجوز أيضا، وبالقدر الضروري لتنفيذ التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧، أن يشمل ذلك أرصدة المدين الأخرى التي ينبغي ادارتها في نطاق هذا الإجراء بموجب قانون هذه الدولة.

١٨٤- تنص المادة ٢٨، مقترنة بالمادة ٢٩، على أن الاعتراف بإجراء رئيسي أجنبي لن يحول دون بدء إجراء إعسار محلي يتعلق بالمدين نفسه، ما دامت للمدين أصول في الدولة.

١٨٥- والموقف المتخذ في المادة ٢٨ هو من حيث الجوهر نفس الموقف المتخذ في عدد من الدول. غير أنه في بعض الدول لا يكفي مجرد وجود أصول للمدين في الدولة ليكون للمحكمة اختصاص قانوني ببدء إجراء إعسار محلي. فلكي يوجد ذلك الاختصاص، يجب أن يكون المدين مزاولا لنشاط اقتصادي في الدولة (وبالمصطلحات المستخدمة في القانون النموذجي، يجب أن تكون للمدين "مؤسسة" في الدولة، حسب تعريف "المؤسسة" الوارد في الفقرة الفرعية (و) من المادة ٢). وقد اختار القانون النموذجي في هذه المادة الحل الأقل تقييدا في سياق يكون فيه المدين مشتركا بالفعل في إجراء رئيسي أجنبي. وفي حين أن الحل يترك مجالا واسعا لبدء إجراء محلي بعد الاعتراف بإجراء رئيسي أجنبي، فإنّه يؤدي غرض بيان أنه لا يوجد اختصاص قضائي لبدء إجراء إعسار إذا لم تكن للمدين أصول في الدولة.

١٨٦- وعلى الرغم من ذلك قد ترغب الدولة في اعتماد حل أكثر تقييدا، أي عدم السماح ببدء إجراء محلي الا إذا كانت للمدين "مؤسسة" في الدولة. ويمكن أن يكون مبرر ذلك أنه، عندما لا تكون الأصول الموجودة في الدولة المشترعة جزءا من مؤسسة، فإنّ بدء إجراء محلي لن يكون في العادة أكفأ السبل لحماية الدائنين، بما فيهم الدائنون المحليون، وستكون للمحكمة في الدولة المشترعة فرص كافية - من خلال توليها أمر صياغة الانتصاف الذي

يمنح للإجراء الرئيسي الأجنبي وبتعاونها مع المحكمة الأجنبية والممثل الأجنبي – لضمان أن الأصول الموجودة في الدولة ستدار بطريقة تكفل توفير حماية كافية للمصالح المحلية. لذلك ستكون الدولة المشترعة قد تصرفت بطريقة تتماشى مع فلسفة القانون النموذجي إذا اشترعت المادة مع الاستعاضة عن عبارة "إلا إذا كانت للمدين أصول في هذه الدولة"، المستخدمة حاليا في المادة ٢٨، بعبارة "إلا إذا كانت للمدين مؤسسة في هذه الدولة".

١٨٧–وفي العادة يكون الإجراء المحلي من النوع المتوخى في المادة ٢٨ مقتصرا على الأصول الكائنة في الدولة. غير أنه ربما يتعين في بعض الحالات، لكي تكون إدارة إجراء الإعسار المحلي إدارة مجدية، أن يشمل ذلك الإجراء أصولا معينة موجودة في الخارج، وخصوصا عندما لا يكون هناك إجراء أجنبي ضروري أو متاح في الدولة التي توجد فيها تلك الأصول (مثلا: حيث تكون للمؤسسة المحلية منشأة عاملة موجودة في ولاية قضائية أجنبية؛ أو حيث يكون من الممكن بيع أصول المدين الموجودة في الدولة المشترعة وأصوله الموجودة في الخارج باعتبارهما "مؤسسة عاملة"؛ أو حيث تكون الأصول قد نقلت من الدولة المشترعة إلى الخارج بطريقة احتيالية). ومن أجل السماح بامتداد الإجراء المحلي بهذا القدر المحدود عبر الحدود، تشتمل المادة على عبارة "أن يشمل ذلك أرصدة المدين الأخرى التي ينبغي ادارتها في نطاق هذا الإجراء". وقد أدرج في المادة قيدان يتعلقان بإمكانية مد آثار الإجراء المحلي إلى الأصول الموجودة في الخارج: فأولا، يجوز المد "بالقدر الضروري لتنفيذ التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧"، وثانيا، يجب أن تكون تلك الأصول الأجنبية خاضعة للإدارة في الدولة المشترعة "بموجب قانون [الدولة المشترعة]". وهذان القيدان مفيدان في تجنب إنشاء قدرة غير محدودة على مد آثار الإجراء المحلي إلى الأصول الكائنة في الخارج، وهي قدرة من شأنها أن تسبب عدم اليقين بشأن انطباق الحكم ويمكن أن تؤدي إلى نزاعات حول الاختصاص القضائي.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ٩٤–١٠١.

A/CN.9/422، الفقرات ١٩٢–١٩٧.

A/CN.9/433، الفقرات ١٧٣–١٨١.

A/CN.9/435، الفقرات ١٨٠–١٨٣.

المادة ٢٩- التنسيق بين إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] وإجراء أجنبي

عندما يكون هناك تزامن بين إجراء أجنبي وإجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] بخصوص المدين ذاته، تسعى المحكمة لتحقيق التعاون والتنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧، وفي هذه الحالة ينطبق ما يلي:

(أ) عندما يتخذ الإجراء في هذه الدولة في الوقت الذي يودع فيه طلب للاعتراف بالإجراء الأجنبي؛

'١' فإنّ أي انتصاف يمنح بموجب المادة ١٩ أو ٢١ يجب أن يكون متسقا مع الإجراء في هذه الدولة؛

'٢' إذا اعترف بالإجراء الأجنبي في هذه الدولة على أنه إجراء أجنبي رئيسي، لا تنطبق أحكام المادة ٢٠؛

(ب) عندما يبدأ الإجراء في هذه الدولة بعد الاعتراف بالإجراء الأجنبي أو بعد إيداع طلب للاعتراف به؛

'١' تعيد المحكمة النظر في أي انتصاف سار بموجب المادة ١٩ أو ٢١، ويحق لها أن تعدله أو تنهيه إذا ثبت لديها أنه لا يتسق مع الإجراء في هذه الدولة؛

'٢' وإذا كان الإجراء الأجنبي إجراء أجنبيا رئيسيا، تعدل المحكمة أو تنهي بموجب الفقرة (٢) من المادة ٢٠ الوقف والتعليق المشار إليهما في الفقرة (١) من المادة ٢٠، إذا ثبت أنهما غير متسقين مع الإجراء في هذه الدولة؛

(ج) عندما تقرر المحكمة منح انتصاف لممثل إجراء أجنبي غير رئيسي أو تمديد هذا الانتصاف أو تعديله، فإنّ عليها أن تتأكد من أن الانتصاف يتعلق بأصول ينبغي إدارتها، طبقا لقانون هذه الدولة، في إطار الإجراء الأجنبي غير الرئيسي، أو أنه يخص المعلومات المطلوبة في هذا الإجراء.

١٨٨- ترشد المادة ٢٩ المحكمة التي تعالج حالات يكون فيها المدين خاضعا لإجراء أجنبي وإجراء محلي في وقت واحد. والعبارة الافتتاحية من الحكم توجه المحكمة إلى أنها يجب في جميع هذه الحالات أن تسعى إلى التعاون والتنسيق عملا بالفصل الرابع، (المواد ٢٥ إلى ٢٧) من القانون النموذجي.

١٨٩- والمبدأ البارز الذي تجسده هذه المادة هو أن بدء الإجراء المحلي لا يمنع الإجراء الأجنبي أو ينهي الاعتراف به. وهذا المبدأ ضروري لتحقيق أهداف القانون النموذجي، من حيث أنه يتيح للمحاكم في الدولة المشترعة، في جميع الظروف، أن تمنح انتصافا لصالح الإجراء الأجنبي.

١٩٠- غير أن المادة تستبقي للإجراء المحلي أسبقية على الإجراء الأجنبي. وقد تم ذلك بالطرائق التالية: أولا، أي انتصاف يمنح للإجراء الأجنبي يجب أن يكون متوافقا مع الإجراء المحلي (الفقرة الفرعية (أ) '١' من المادة ٢٩)؛ وثانيا، أي انتصاف يكون قد منح للإجراء الأجنبي يجب أن يعاد النظر فيه وأن يعدل أو ينهي بغية ضمان الاتساق مع الإجراء المحلي (الفقرة الفرعية (ب) '١'من المادة ٢٩)؛ وثالثا، إذا كان الإجراء الأجنبي إجراء رئيسيا فإنّ الآثار التلقائية المنصوص عليها في المادة ٢٠ تعدل أو تنهى إذا كانت غير متوافقة مع الإجراء المحلي (تلك الآثار التلقائية لا تنتهي تلقائيا نظرا لأنها يمكن أن تكون نافعة، وقد ترغب المحكمة في الحفاظ عليها) (الفقرة الفرعية (ب) '٢'من المادة ٢٩)؛ ورابعا، حيثما يكون إجراء محلي قيد النظر في وقت الاعتراف بإجراء أجنبي باعتباره إجراء رئيسيا، لا يحظى الإجراء الأجنبي بالآثار التلقائية المنصوص عليها في المادة ٢٠ (الفقرة الفرعية (أ) '٢'من المادة ٢٩). وتتفادى المادة إنشاء ترتيب تدرجي جامد بين الإجراءات نظرا لأن ذلك من شأنه أن ينال دون مبرر من قدرة المحكمة على أن تتعاون وأن تمارس سلطتها التقديرية بموجب المادتين ١٩ و٢١. ويستصوب لدى اشتراع المادة عدم تقييد هذه الحرية المتاحة للمحكمة.

١٩١- وتشتمل الفقرة الفرعية (ج) من المادة ٢٩ على مبدأ مؤداه أن الانتصاف الممنوح للإجراء غير الرئيسي الأجنبي ينبغي أن يقتصر على الأصول التي ستدار في ذلك الإجراء غير الرئيسي، أو يجب أن يكون متعلقا بالمعلومات المطلوبة في ذلك الإجراء. وهذا المبدأ معرب عنه في الفقرة ٣ من المادة ٢١ (التي تتناول، بطريقة عامة، نوع الانتصاف الذي يجوز منحه للممثل الأجنبي) ومنصوص عليه مجددا في المادة ٢٩، التي تتناول التنسيق بين الإجراءات المحلية والإجراءات الأجنبية. والفقرة ٤ من المادة ١٩، بشأن منح الانتصاف قبل الاعتراف،

والمادة ٣٠، بشأن التنسيق بين أكثر من إجراء أجنبي واحد، تستوحيان المبدأ نفسه (انظر أيضا التعليقات الواردة في الفقرة ١٤٠ أعلاه).

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٠٦-١١٠.

A/CN.9/435، الفقرتان ١٩٠ و١٩١.

المادة ٣٠- التنسيق بين أكثر من إجراء أجنبي واحد

في المسائل المشار إليها في المادة ١، بخصوص وجود أكثر من إجراء أجنبي واحد بشأن المدين ذاته، تسعى المحكمة لتحقيق التعاون و التنسيق بموجب المواد ٢٥ و٢٦ و٢٧، وفي هذه الحالة ينطبق ما يلي:

(أ) أي انتصاف يمنح بموجب المادة ١٩ أو ٢١ لممثل إجراء أجنبي غير رئيسي بعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي لابد أن يكون متسقا مع الإجراء الأجنبي الرئيسي؛

(ب) إذا اعترف بإجراء أجنبي رئيسي بعد طلب الاعتراف بإجراء أجنبي غير رئيسي أو بعد إيداع طلب للاعتراف به، تعيد المحكمة النظر في أي انتصاف سار بموجب المادة ١٩ أو ٢١، ويحق لها تعديل أو إنهاء هذا الانتصاف إذا ثبت لديها أنه لا يتسق مع الإجراء الأجنبي الرئيسي؛

(ج) إذا اعترف بإجراء أجنبي غير رئيسي آخر، بعد الاعتراف بإجراء أجنبي غير رئيسي، فإنّ للمحكمة أن تمنح الانتصاف أو تعدله أو تنهيه من أجل تيسير التنسيق بين الإجراءات.

١٩٢- تعالج المادة ٣٠ الحالات التي يكون فيها المدين خاضعا لإجراء إعسار في أكثر من دولة أجنبية واحدة، ويسعى فيها الممثلون الأجانب لأكثر من إجراء أجنبي واحد إلى الحصول على الاعتراف أو الانتصاف في الدولة المشترعة. وينطبق الحكم سواء أكان أو لم يكن هناك إجراء إعسار قيد النظر في الدولة المشترعة. فإذا كان هناك، علاوة على

إجراءي إعسار أجنبيين أو أكثر، إجراء في الدولة المشترعة، سيتعين على المحكمة أن تتصرف عملا بالمادتين ٢٩ و٣٠ كلتيهما.

١٩٣- والهدف من المادة ٣٠ مماثل للهدف من المادة ٢٩ من حيث أن المسألة الرئيسية في حالة الإجراءات المتزامنة هي تعزيز التعاون والتنسيق والاتساق فيما يتعلق بالانتصاف الذي يمنح للإجراءات المختلفة. وسيتحقق ذلك الاتساق بتكييف الانتصاف الذي يمنح تكييفا ملائما أو بتعديل أو إنهاء انتصاف سبق أن منح. وخلافا للمادة ٢٩ (التي تعطي الأسبقية من حيث المبدأ للإجراء المحلي)، تعطي المادة ٣٠ الأفضلية للإجراء الأجنبي الرئيسي إذا وجد. وفي حالة وجود أكثر من إجراء أجنبي غير رئيسي واحد، لا يقضي الحكم بأن أي إجراء أجنبي ينبغي بداهة أن يعامل معاملة تفضيلية. وتتجلى الأولوية الممنوحة للإجراء الأجنبي الرئيسي في اشتراط أن أي انتصاف لصالح إجراء أجنبي غير رئيسي (سواء أكان قد منح بالفعل أم سيمنح) يجب أن يكون متوافقا مع الإجراء الأجنبي الرئيسي (الفقرتان الفرعيتان (أ) و(ب) من المادة ٣٠).

المناقشة في الأونسيترال

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرتان ١١١ و١١٢.

المادة ٣١- افتراض الإعسار استنادا إلى الاعتراف
بإجراء أجنبي رئيسي

لأغراض بدء إجراء بموجب [تحدد القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة]، يعد الاعتراف بإجراء أجنبي رئيسي دليلا على أن المدين معسر، إذا لم يوجد دليل ينفي ذلك.

١٩٤- في بعض الولايات القضائية يشترط لبدء إجراءات الإعسار اثبات أن المدين معسر. وفي ولايات قضائية أخرى، يجوز بدء إجراءات الإعسار في ظروف معينة يحددها القانون ولا تعني بالضرورة أن المدين معسر حقا؛ ويمكن أن تكون تلك الظروف، مثلا، توقف

المدين عن سداد ديونه أو اتيان المدين تصرفات معينة مثل اتخاذه قرارا يخص الشركة أو تبديده لأصوله أو هجرانه لمنشآته.

١٩٥- وفي الولايات القضائية التي يكون فيها الإعسار شرطا لبدء إجراءات الإعسار، تقرر المادة ٣١، لدى الاعتراف بإجراء رئيسي أجنبي، وجود افتراض، قابل للدحض، بإعسار المدين فيما يتعلق ببدء إجراء إعسار في الدولة المشترعة. ولا ينطبق ذلك الافتراض إذا كان الإجراء الأجنبي إجراء غير رئيسي. والسبب في ذلك هو أن إجراء الإعسار الذي يبدأ في دولة غير الدولة التي يوجد فيها مركز مصالح المدين الرئيسية لا يعني بالضرورة أن المدين سيخضع للقوانين المتعلقة بالإعسار في دول أخرى.

١٩٦- وفيما يخص القوانين الوطنية التي لا يشترط فيها لبدء إجراءات الإعسار اثبات إعسار المدين، يمكن أن يكون الافتراض المقرر في المادة ٣١ قليل الأهمية العملية، وقد تقرر الدولة المشترعة عدم اشتراعه.

١٩٧- وستكون للمادة ٣١ أهمية خاصة عندما يكون اثبات الإعسار، باعتباره شرطا مسبقا لإجراء الإعسار، عملية تستنفد الكثير من الوقت ولا تترتب عليها منفعة إضافية تذكر، إذا وضعنا في الاعتبار أن المدين خاضع بالفعل لإجراء إعسار في الدولة التي يوجد فيها مركز مصالحه الرئيسية وأن بدء إجراء محلي ربما يكون لازما بصفة عاجلة لحماية الدائنين المحليين. ومع ذلك فمحكمة الدولة المشترعة غير ملزمة بقرار المحكمة الأجنبية، وتظل المعايير المحلية لاثبات الإعسار سارية، وهو ما يتضح من عبارة "إذا لم يوجد دليل ينفي ذلك".

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ A/52/17، الفقرات ٩٤ و١٠٢-١٠٥.

A/CN.9/422، الفقرة ١٩٦.

A/CN.9/433، الفقرات ١٧٣ و١٨٠-١٨٩.

A/CN.9/435، الفقرتان ١٨٠ و١٨٤.

المادة ٣٢- قاعدة دفع المبالغ في إطار الإجراءات المتزامنة

دون مساس بالمطالبات المكفولة بضمانات أو الحقوق العينية، لا يجوز للدائن الذي تلقى جزءا من المبلغ فيما يتعلق بمطالبة له في إجراء اتخذ طبقا لقانون يتعلق بالإعسار في دولة أجنبية، أن يتلقى مبلغا يُدفع عن نفس المطالبة في إجراء يتخذ بموجب [تدرج أسماء القوانين ذات الصلة بالإعسار في الدولة المشترعة] فيما يتعلق بالمدين ذاته، طالما كان المبلغ المدفوع للدائنين الآخرين من نفس الرتبة أقل نسبيا من المبلغ الذي تلقاه الدائن بالفعل.

١٩٨- القاعدة النصوص عليها في المادة ٣٢ (ويشار إليها أحيانا باسم قاعدة "hotchpot" أي مزج الممتلكات من أجل قسمتها بالتساوي) هي ضمان مفيد في النظام القانوني الخاص بالتنسيق والتعاون في إدارة إجراءات الإعسار عبر الحدود. والمقصود بالقاعدة هو تفادي الحالات التي قد يحصل فيها دائن على معاملة أفضل من معاملة سائر الدائنين المنتمين إلى نفس الرتبة بحصوله على سداد نفس المبلغ الذي يطالب به في إجراءات إعسار في ولايات قضائية مختلفة. وفيما يلي مثال لذلك: تلقى دائن غير مكفول نسبة ٥ في المائة من المبلغ الذي يطالب به في إجراء إعسار أجنبي؛ ويشارك ذلك الدائن أيضا في إجراء إعسار في الدولة المشترعة، حيث نسبة التوزيع ١٥ في المائة؛ فمن أجل أن يتساوى الدائن في الوضع مع سائر الدائنين في الدولة المشترعة، يتلقى الدائن ١٠ في المائة من المبلغ الذي يطالب به في الدولة المشترعة.

١٩٩- ولا تمس المادة الترتيب التدرجي للمطالبات حسبما يقرره قانون الدولة المشترعة، ولا يقصد بالمادة سوى تقرير المعاملة المتساوية للدائنين المنتمين إلى نفس الرتبة. وبقدر ما تدفع بالكامل مطالبات الدائنين المكفولين أو الذين لديهم حقوق عينية (وهو أمر يتوقف على قانون الدولة التي ينفذ فيها الإجراء)، لا يمس الحكم تلك المطالبات.

٢٠٠- ويستخدم تعبير "المطالبات المكفولة بضمانات" للاشارة عموما إلى المطالبات التي تكفلها أصول معينة، في حين يقصد بعبارة "الحقوق العينية" الاشارة إلى الحقوق المتعلقة بملك معين والقابلة للانفاذ أيضا ضد أطراف ثالثة. ويمكن أن يندرج حق معين في نطاق العبارتين كلتيهما تبعا للتصنيف المستخدم والمصطلحات المستخدمة في القانون المنطبق. وللدولة المشترعة أن تستخدم مصطلحا آخر أو مصطلحات أخرى للتعبير عن هذين المفهومين.

المناقشة في الأونسيترال وفي الفريق العامل

الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/52/17)، الفقرات ١٣٠-١٣٤.

A/CN.9/419، الفقرات ٨٩-٩٣.

A/CN.9/422، الفقرتان ١٩٨ و١٩٩.

A/CN.9/433، الفقرتان ١٨٢ و١٨٣.

A/CN.9/435، الفقرات ٩٦ و١٩٧ و١٩٨.

سادسا- المساعدة المقدمة من أمانة الأونسيترال

ألف- المساعدة على صوغ التشريعات

٢٠١- تساعد أمانة الأونسيترال الدول بالمشورة التقنية لاعداد تشريعات تستند إلى القانون النموذجي. ويمكن الحصول على المزيد من المعلومات من أمانة الأونسيترال على العنوان التالي: UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, P.O. Box 500, A-1400 Vienna, Austria؛ رقم الهاتف: ٢٦٠٦٠-٤٠٦٠ (١-٤٣+)، رقم الفاكس: ٢٦٠٦٠-٥٨١٣ (١-٤٣+)؛ البريد الالكتروني: uncitral@unov.un.or.at؛ الصفحة الرئيسية على شبكة الانترنت: http://www.un.or.at/uncitral.

باء- المعلومات عن تفسير التشريعات المستندة إلى القانون النموذجي

٢٠٢- سوف يدرج القانون النموذجي، بعد اشتراعه، في نظام جمع وتعميم المعلومات عن قانون السوابق القضائية المتعلقة بالاتفاقيات والقوانين النموذجية المنبثقة عن أعمال اللجنة (قانون السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال). والهدف من النظام هو زيادة الوعي الدولي بالنصوص التشريعية التي تصوغها اللجنة وتيسير التفسير والتطبيق الموحدين لتلك النصوص. وتنشر الأمانة، بلغات الأمم المتحدة الست، ملخصات للقرارات، وتتيح، مقابل رد تكاليف الاستنساخ، القرارات الأصلية التي أعدت الملخصات استنادا إليها. ويرد شرح للنظام في مرشد للمستعملين يمكن الحصول من الأمانة على نسخة ورقية منه (الوثيقة A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) وفي الصفحة الرئيسية للجنة في شبكة الانترنت، المشار إليها أعلاه.

التذييل

قرار الجمعية العامة ١٥٨/٥٢
المؤرخ ١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧

١٥٨/٥٢– القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن الإعسار عبر الحدود

إن الجمعية العامة،

إذ تشير إلى قرارها ٢٢٠٥ (د–٢١) المؤرخ ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، الذي أنشأت بموجبه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مسندة إليها ولاية زيادة التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي آخذة في اعتبارها، في هذا الصدد، مصالح جميع الشعوب، وخاصة شعوب البلدان النامية، في تنمية التجارة الدولية تنمية مستفيضة،

وإذ تلاحظ أن زيادة التجارة والاستثمار عبر الحدود تؤدي إلى زيادة حالات امتلاك مؤسسات وأفراد لأصول في أكثر من دولة واحدة،

وإذ تلاحظ أيضا أنه عندما يصبح الشخص المدين الذي لديه أصول في أكثر من دولة واحدة خاضعا لإجراء من إجراءات الإعسار، تكون هناك حاجة ملحة في كثير من الأحيان للتعاون والتنسيق عبر الحدود في الإشراف على أموال المدين المعسر وأعماله التجارية وادارها،

وإذ ترى أن عدم كفاية التنسيق والتعاون في حالات الإعسار عبر الحدود يحد من إمكانية إنقاذ المؤسسات التجارية المتعثرة ماليا والقادرة مع ذلك على البقاء والنمو، ويعرقل إدارة حالات الإعسار عبر الحدود بشكل منصف وفعال، ويجعل عملية إخفاء أو تبديد أصول المدين أكثر احتمالا، ويعوق عمليات إعادة تنظيم أو تصفية أصول المدينين وأعمالهم التجارية، التي تكون ذات فائدة قصوى بالنسبة للدائنين وغيرهم من الأشخاص المعنيين، بمن فيهم المدينون والعاملون لدى المدينين،

وإذ تلاحظ أن دولا كثيرة تفتقر إلى إطار تشريعي يتيح أو يسهل التنسيق والتعاون الفعالين عبر الحدود،

واقتناعا منها بأن وجود تشريعات منصفة ومتسقة دوليا بشأن الإعسار عبر الحدود تحترم النظم الإجرائية والقضائية الوطنية وتحظى بقبول الدول ذات النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة سيسهم في تنمية التجارة والاستثمار الدوليين،

وإذ ترى أن ثمة حاجة تدعو إلى وجود مجموعة من الأحكام التشريعية النموذجية المتسقة دوليا المتعلقة بالإعسار عبر الحدود لمساعدة الدول في تحديث قوانينها الناظمة للإعسار عبر الحدود.

١- تعرب عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لانتهائها من اعداد القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود الوارد في مرفق هذا القرار واعتمادها له؛

٢- تطلب إلى الأمين العام أن يحيل نص القانون النموذجي مع دليل سن القانون النموذجي الذي أعدته الأمانة العامة، إلى الحكومات والهيئات المهتمة؛

٣- توصي بأن تستعرض جميع الدول تشريعاتها المتعلقة بجوانب الإعسار عبر الحدود لكي تقرّر ما إذا كانت هذه التشريعات تفي بأهداف إقامة نظام حديث وفعال بشأن الإعسار وأن تولي، في ذلك الاستعراض، الاعتبار الواجب للقانون النموذجي، آخذة في الحسبان الحاجة إلى وجود تشريع متسق على الصعيد الدولي ينظم حالات الإعسار عبر الحدود؛

٤- توصي أيضا ببذل كل الجهود لضمان التعريف عموما بالقانون النموذجي والدليل وجعلهما في متناول الجميع.

الجلسة العامة ٧٢
١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧

الفهرس[أ]

(أ) تُحيل الإشارات المرجعية الواردة في الفهرس إلى الجزء والفصل ذوي الصلة والفقرة ذات الصلة من الدليل التشريعي. فعلى سبيل المثال، تحيل الإشارة المرجعية "الثاني، ثانيا ١٣٥" إلى الفقرة ١٣٥ من الفصل الثاني من الجزء الثاني.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.



Printed in Austria
V.05-80720—July 2005—310

United Nations publication
Sales No. A.05.V.10
ISBN 92-1-633021-X



